

COLECCIÓN
Deportes
y
Migración

El futuro de la política de comercio en América del Norte Lecciones del TLCAN

Kevin P. Gallagher
Timothy A. Wise
Enrique Dussel Peters



Consulado
Autónomo
de Zacatecas

México
Porrúa

El futuro
de la política de comercio
en América del Norte
Lecciones del
TLCAN



El futuro de la política de comercio en América del Norte

Lecciones del TLCAN

Kevin P. Gallagher
Timothy A. Wise
Enrique Dussel Peters



THE FREDERICK S. PARDEE CENTER
FOR THE STUDY OF THE LONGER-RANGE FUTURE



Titulo original: *The Future of North American Trade Policy:
Lessons from NAFTA*

© Copyright 2009 por Boston University, The Frederick S. Pardee Center
for the Study of the Longer-Range Future.

Grupo de trabajo sobre el Libre Comercio en América del Norte
Coordinadores: Kevin P. Gallagher, Timothy A. Wise, Enrique Dussel Peters

Participantes adicionales del Grupo de Trabajo: Rodolfo García Zamora,
Kenneth C. Shadlen, Robert K. Stumberg, Gus Van Harten,
Christian E. Weller.

Co-edición de:

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ZACATECAS, Doctorado en Estudios del Desarrollo
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Centro de Estudios China-México
TUFTS UNIVERSITY, USA, Global Development and Environment Institute
BOSTON UNIVERSITY, The Frederick S. Pardee Center for the Study
of the Longer-Range Future
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Este reporte se publicó originalmente en noviembre de 2009 por el
Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Range Future
en la Universidad de Boston, Estados Unidos. Se tradujo e imprimió
con permiso. Puede accederse a la versión original en inglés en:
<http://www.bu.edu/pardee/task-force-report-nafta/>
Puede accederse a la versión del documento en español en:
<http://www.estudiosdeldesarrollo.net>
<http://www.economia.unam.mx/cechimex/>

Primera edición en español, junio del año 2011

© 2011

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ZACATECAS
GLOBAL DEVELOPMENT AND ENVIRONMENT INSTITUTE AT TUFTS UNIVERSITY
BOSTON UNIVERSITY
THE FREDERICK S. PARDEE CENTER
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CENTRO DE ESTUDIOS CHINA-MÉXICO

© 2011

Por características tipográficas y de diseño editorial
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Derechos reservados conforme a la ley
ISBN 978-607-401-457-0

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del
contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización ex-
presa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por *la Ley
Federal del Derecho de Autor*, en su caso, por los tratados internacionales
aplicables.

IMPRESO EN MÉXICO



PRINTED IN MEXICO

www.maporrúa.com.mx

Amargura 4, San Ángel, Álvaro Obregón, 01000 México, D.F.

Agradecimientos

Este reporte sobre la Política del Libre Comercio de América del Norte es producto de la colaboración de muchas personas y organizaciones, incluyendo a los miembros del Grupo de Trabajo sobre la Política de Libre Comercio de América del Norte; de ellos queremos agradecer especialmente a Adil Najam y Frederick Pardee Center por el Estudio sobre el Futuro a Largo Plazo en la Universidad de Boston; como asociados de investigación en el Global Development and Environment Institute (*GDAE*), Kevin Gallagher y Timothy Wise agradecen a las fundaciones The Rockefeller Brothers Fund, The General Service Foundation y The Moriah Fund por apoyar el trabajo que ellos han realizado con respecto al *TLCAN* en *GDAE*; también agradecemos a Rachel Denae Thrasher, compañera del Pardee Center, por su trabajo como reportera y editora de este reporte, a Cynthia Barakatt por su apoyo en el área de producción y a Lindsey Jones por su apoyo logístico. También agradecemos por la revisión y el trabajo editorial por parte del Dr. Ricardo Arriaga Campos de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México, Montserrat García Guerrero del Doctorado en Estudios del Desarrollo de la Universidad Autónoma de Zacatecas.

Lista de siglas

BIT: Tratado de Inversión Bilateral

BNDES: Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (Brasil)

CAFTA: Tratado de Libre Comercio de Centro América (Republica Dominicana)

CANACINTRA: Cámara Nacional de la Industria de la Transformación (México)

CANISM: Estadística de Canadá

CARB: Junta de Recursos del Aire de Canadá

CARBOB: Mezcla de Gasolina Reformulada de California para la Mezcla de Oxígeno

CEPAL: Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe

CL: Licencia Obligatoria

Conacyt: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (México)

DAES: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (Naciones Unidas)

Destin: Instituto de Estudios de Desarrollo, Escuela de Economía de Londres

DEAIT: Departamento Canadiense de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional

FAO: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación

FMCS: Servicio Estadounidense de Mediación y Conciliación

FTA: Tratado de Libre Comercio

FTAA: Área de Libre Comercio de las Américas

GATS: Tratado General sobre el Comercio en los Servicios

GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

GHG: Gases Invernadero

GM: Modificado Genéticamente

ICSID: Centro Internacional para el Finiquito de Disputas sobre Inversiones

ICC: Cámara Internacional de Comercio

IISD: Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable
ILO: Organización Internacional de Trabajo
IP: Propiedad Intelectual
M&A: Fusiones y Adquisiciones
MEA: Acuerdo Multilateral sobre el Medio Ambiente
NACEC (o CEC): Comisión para la Cooperación Ambiental
Nadbank: Banco de Desarrollo de América del Norte
NIH: Instituto Nacional de Salud
NRDC: Consejo de Defensa de Recursos Naturales
LCFS: Estándar de Combustible Bajo en Carbón
LCIA: Corte de Londres para el Arbitraje Internacional
OECD: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PERI: Instituto de Investigación de Economía Política
RBTA: Tratados de Comercio Regional y Bilateral
RICYT: Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología
RPS: Estándares de Portafolio Renovables
SCC: Cámara de Comercio de Estocolmo
SDT: Trato Especial y Diferencial
SME: Empresas Pequeñas y Medianas
SP: Productos Especiales
SPS: Sanitario y Fitosanitario (Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Ronda Uruguay del GATT)
SSM: Mecanismo Especial de Seguridad
Trade Act: Reforma de Comercio, Contabilidad, Ley de Desarrollo y Empleo
TRIP: Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
TPA: Contrato de Promoción del Comercio
UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México
UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas sobre Leyes de Comercio Internacional
USITC: Comisión del Comercio Internacional de Estados Unidos
USTR: Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos
WTO: Organización Mundial de Comercio

El futuro de la política de comercio en América del Norte

Lecciones del *TLCAN*

Kevin P. Gallagher
Timothy A. Wise
Enrique Dussel Peters

Resumen ejecutivo

El Tratado de Libre Comercio (*TLCAN*) entró en vigencia en enero de 1994; éste no sólo redujo los aranceles entre Canadá, México y Estados Unidos, sino que también liberalizó la inversión, los servicios y los reglamentos de propiedad intelectual extranjera, entre otros. El tratado tenía la expectativa de ser permanente y el propósito de ser la piedra angular para una integración más profunda en América del Norte; sin embargo, después de apenas 15 años, se han registrado gran cantidad de señalamientos para revisar el *TLCAN*, en vez de utilizarlo como un escalón para seguir avanzando. Grupos de ciudadanos y legisladores en los tres países han solicitado mayores reformas en el tratado, y algunos han exigido una renegociación. En las elecciones presidenciales de Estados Unidos en el 2008, el *TLCAN* se convirtió en foco de insatisfacción con las políticas del libre comercio. Desde que tomó su cargo, el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, ha dado seguimiento a su promesa de revisar el tratado mediante una revisión general de las políticas de comercio de Estados Unidos, lo que incluirá una revisión detallada del *TLCAN*.

Para contribuir a este proceso de revisión –y la discusión más amplia del *TLCAN* como el modelo prevaleciente para tratados de comercio– el Frederick Pardee Center for the Study of the Longer Range Future de la Universidad de Boston efectuó la reunión inaugural del Grupo de Trabajo sobre la Política de Comercio en América del Norte a principios de 2009, presidida por Kevin P. Gallagher, Enrique Dussel Peters y Timothy A. Wise. El Grupo de Trabajo consiste en un panel de expertos académicos de los tres países miembros del *TLCAN*; su objetivo no es sólo identificar las áreas que tienen necesidad de una reforma del *TLCAN*, sino que también se presentan propuestas con-

cretas para tal reforma. Los miembros del Grupo de Trabajo bosquejaron un paquete inicial de documentos sobre el historial y las propuestas acerca de algunas de las cláusulas más importantes del *TLCAN*. Se pidió identificar reformas necesarias y proponer no sólo cambios que pudieran hacerse sin volver a abrir completamente el tratado, sino también las modificaciones más ambiciosas. La meta fue exponer reformas claves que pudieran hacer del *TLCAN* –y de tratados de comercio a futuro, cimentados en este modelo– la base para una prosperidad de más larga duración y equidad en América del Norte.

El Grupo de Trabajo tomó como puntos de partida:

- El *TLCAN* no ha logrado muchos de sus objetivos: en vez de promover una convergencia de ingresos, salarios y estándares, ha tenido la tendencia a acentuar las asimetrías económicas y reguladoras preexistentes en América del Norte.
- El *TLCAN* necesita una reforma general como base para futuros tratados de comercio a negociar por gobiernos de América del Norte.
- Esa reforma debe ir más allá del tratado bipartita limitado que se acordó el 10 de mayo de 2007, en Estados Unidos, que fue incorporado en los tratados de Perú, Panamá y Colombia. Asimismo, tal reforma, que principalmente afectaría el trabajo, el medio ambiente y la propiedad intelectual, sería un importante primer paso, pero no cumple con el cambio general que hace falta.

Con esa finalidad, este reporte presenta propuestas detalladas para reformar el *TLCAN* y plantear tratados de comercio a futuro basados en la experiencia de aquél. El Grupo de Trabajo concluye que cualesquiera tratados de libre comercio (*TLC*) en el futuro deberán ser muy distintos del modelo del *TLCAN*, que deberán estar acompañados por un esfuerzo regional colateral para asegurar una sustentabilidad a largo plazo y para sobreponerse a asimetrías preexistentes entre los socios y finalmente que no deben ser sustitutos de las políticas de desarrollo económico nacionales.¹

¹ El Grupo de Trabajo se enfocó en los temas de servicios, manufactura, agricultura, inversión, propiedad intelectual, trabajo y migración. Pero resulta importante mencionar que de ninguna manera ésta es una lista exhaustiva de las áreas del tratado que necesitan revisión y reforma, estas importantes áreas han sido objeto de numerosos debates desde que el *TLCAN* entró en vigencia.

La necesidad de la reforma

Al menos en papel, el *TLCAN* tenía el objetivo de hacer más que simplemente incrementar el flujo del comercio e inversiones; como lo establece el preámbulo del tratado, debería permitir a los tres países:

aumentar la competitividad de sus firmas en el mercado global, fomentar la creatividad y la innovación, promover el comercio de bienes y servicios que son objeto de derechos de propiedad intelectual, crear nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones y estándares de vida en sus territorios correspondientes, llevar a cabo todo lo anterior en una manera consistente con la protección y conservación del medio ambiente, preservar su flexibilidad para salvaguardar el bienestar público, promover el desarrollo sustentable, fortalecer el desarrollo y cumplimiento de las leyes y regulación del medio ambiente, proteger, aumentar y hacer valer los derechos básicos de los trabajadores.²

La teoría económica predominante se hallaba del lado del *TLCAN*; prevalecía la esperanza de que la reducción de las barreras del comercio permitirían a las naciones de América del Norte producir bienes y servicios donde eran más eficientes y por lo tanto acelerar el comercio y la inversión en la región, lo cual generaría más empleo y crecimiento. Se esperaba que a largo plazo el tratado pudiera facilitar una convergencia salarial y regulatoria entre las partes. Luego de 15 años, existe consenso en torno a que el *TLCAN* no logró estos objetivos; en cambio, acentuó las asimetrías económicas y regulatorias que habían existido entre los tres países.

Desde 2001, la región ha sufrido una caída en los niveles de integración en áreas claves, tales como la manufactura. Por lo tanto, no sorprende que el tratado siga siendo controversial. Mientras que algunos le dan crédito al tratado por estimular el flujo de bienes, servicios e inversiones entre los países de América del Norte, los críticos en los tres países argumentan que esto no ha traído mejoras en los estándares de vida para la mayoría de las personas. En Estados Unidos se culpa al tratado por la pérdida de empleos, la disminución de salarios, particularmente en la manufactura, y por contribuir a un déficit importante en el comercio de Estados Unidos. En Canadá, los críticos señalan la pérdida de empleos, el descenso en la competitividad del sector de la manufactura y ataduras que el tratado ha impuesto en Canadá para emplear políticas adecuadas para el bienestar público. En México se le culpa de no crear suficientes empleos y de haber diezariado muchas fuentes de

² North American Free Trade Agreement (*NAFTA*, 1992, december 17, Can-Mex-US), *International Legal Materials*, 32, 299.

empleo, particularmente en la agricultura. En los tres países, grupos ciudadanos y oficiales por igual denuncian el derecho que se le ha dado a los inversionistas extranjeros para exigir a los gobiernos cambios en las legislaciones que tienen un impacto negativo en sus ganancias.

Va más allá del alcance de este reporte proveer una revisión exhaustiva de los impactos que ha tenido el *TLCAN* en los tres países. Es suficiente decir que la controversia con respecto a éste no ha cesado. Un candidato anti-tratado para la presidencia de México casi ganó las muy disputadas elecciones de 2006.³ En Estados Unidos el tema se volvió un punto importante de la campaña de los demócratas en 2008; en las elecciones para la elección primaria en el estado manufacturero de Ohio, el entonces candidato Barack Obama afirmó:

Voté en contra del *CAFTA*, nunca apoyé el *TLCAN* y no apoyaré tratados del mismo estilo del *TLCAN* a futuro. Las fallas del *TLCAN* eran evidentes al momento de ser firmado y ahora debemos corregir el tratado para arreglarlas. Mientras que el *TLCAN* les dio amplios derechos a los inversionistas, hizo poco más que una simple mención de los derechos de los trabajadores y de la protección al medio ambiente.⁴

Desde que fue electo, el presidente Obama ha reiterado la necesidad de reformular el *TLCAN* y de cambiar el modelo para los tratados de comercio de Estados Unidos. Tal vez más importante que ello, las declaraciones de Obama han reanimado a aquellas personas a lo largo de los países que forman parte del tratado y a quienes lo han criticado por mucho tiempo. Adicionalmente a numerosos esfuerzos de la sociedad civil, en junio de 2009, los legisladores de Canadá, México y Estados Unidos enviaron una carta a los presidentes de los países del *TLCAN* solicitando una renegociación del *TLCAN* y manifestando su compromiso para trabajar y lograr un distinto *TLCAN*. En Estados Unidos, los reformistas introdujeron la Reforma de Comercio (*Trade Reform*), la Ley de Contabilidad, Desarrollo y Empleo (*Trade Act*) de 2009, que contó con un grupo inicial a favor de más de 100 miembros de

³Para un buen panorama sobre los impactos económicos del *TLCAN* véase: Blecker, Robert (2003), "The North American Economies after *NAFTA*: A Critical Appraisal", *International Journal of Political Economy*, 33 (3), 5-27. Para un análisis sobre los impactos económicos del *TLCAN* en México véase Moreno-Brid, Juan Carlos y Jaime Ros (2009), *Development and Growth in the Mexican Economy: An Historical perspective*, London, Oxford University Press. Dussel Peters, Enrique, Luis Miguel Galindo Paliza, Eduardo Loría y Michael Mortimore (2007), *Inversión Extranjera Directa en México: Desempeño y Potencial. Una perspectiva macro, meso, micro y territorial*, México, Siglo XXI, Secretaría de Economía, UNAM. Gallagher, Kevin P. y Lyuba Zarsky (2007), *The Enclave Economy: Foreign Investment and Sustainable Development in Mexico's Silicon Valley*, Cambridge, MIT Press.

⁴Ohio Conference on Fair Trade (2008, February 28). Disponible en: http://www.citizens-trade.org/pdf/OCFT_%20PresPrimaryTradeQuestionnaire_Obama_022008.pdf.

ambas cámaras del Congreso de Estados Unidos. La ley del comercio señala una revisión de los pactos de comercio existentes, incluyendo el *TLCAN*, y presenta instrumentos que deben ser incluidos en el modelo de tratados a futuro.

Estas exigencias para un cambio van más allá del tratado del 10 de mayo, es decir, de las concesiones logradas en 2007 por la recién electa mayoría demócrata en el Congreso de Estados Unidos de la administración de Bush para reformar las cláusulas de reforma laboral, medio ambiente y propiedad intelectual para los tratados de comercio a futuro, las cuales quedaron incorporadas en los tratados pendientes con Perú, Panamá y Colombia, sin embargo hasta el momento de redactar este documento sólo la primera había sido aprobada.

Propuestas para la reforma

En el contexto de este debate renovado, el Grupo de Trabajo sobre la Política de Comercio en América del Norte ha producido este reporte de manera colectiva, en el que identifica tres áreas para la reforma: reformas que acen-túan los aspectos positivos y mitigan los negativos del *TLCAN* a nivel nacional; reformas que reparan el tratado de manera comprensiva, más allá del tratado del 10 de mayo; las reformas que reaniman las instituciones regionales establecidas para apoyar al *TLCAN* y para atender las asimetrías entes sus socios de comercio.

A continuación presentamos un resumen breve de las propuestas de reforma más detalladas de los miembros del Grupo de Trabajo para las ocho áreas a las que hicieron referencia: servicios, manufactura, agricultura, inversiones, propiedad intelectual, medio ambiente, cuestiones laborales e inmigración. Estas propuestas específicas forman un grupo integral de cambios para el *TLCAN* que pueden lograr un rumbo más próspero y adecuado para la integración de América del Norte, ya que los tres países del *TLCAN* se enfrentan a retos económicos muy similares en la oleada de la crisis financiera. Éste es el momento oportuno para discutir soluciones regionales.

Mientras que cada capítulo es responsabilidad del miembro que lo escribió, los miembros del Grupo de Trabajo comparten tres conclusiones generales:

1. *El TLCAN y los otros tratados de comercio basados en ese modelo necesitan una reforma a fondo*, que debe ir más allá de las importantes pero limitadas reformas indicadas en el ya señalado tratado del 10 de mayo. Para que el *TLCAN* pueda promover la prosperidad y el desarrollo económico sustentable, el tratado necesita ser reabierto.

2. *Los tratados de comercio necesitan atender las asimetrías entre los socios de comercio con instituciones de apoyo bien sustentadas.* El *TLCAN* establece algunas importantes instituciones, tales como *CEC* (o *NACEC*) y *Nadbank*, pero no se les ha dado ni el mandato ni los fondos para permitirles ayudar a que México sea un socio económico más equitativo.

3. *Un tratado de comercio no es un sustituto para una estrategia de desarrollo nacional coherente.* Los países en desarrollo deberían aprender de la experiencia de México que el incremento en comercio e inversión extranjera no generan por sí solos un desarrollo económico dinámico.

Resumen de los capítulos

Cada capítulo en este reporte ofrece reformas específicas para una parte distinta del *TLCAN*. Se resumen de la siguiente manera:

Servicios y cambio climático

A pesar de que se ha dado más atención a los bienes y servicios, el capítulo sobre los servicios del *TLCAN* tiene mayor necesidad de reforma. Una disputa prominente (el servicio de camiones mexicanos) y una disputa potencial (la producción de petróleo de brea arenosa canadiense) subrayan la forma en que el tratado limita la capacidad del gobierno para regular los servicios del comercio de manera efectiva en áreas donde es necesario proteger la vida y salud de las personas, los animales y las plantas, o las medidas en relación con la conservación de recursos naturales exhaustivos.

Tales excepciones están disponibles para el comercio en bienes, pero no en servicios, y los retos bajo las cláusulas del *TLCAN* para el comercio de servicios entre fronteras pueden minar los esfuerzos de los gobiernos nacionales, estatales y locales orientados al interés público. Esto es particularmente importante en relación con los nuevos esfuerzos para atender asuntos relacionados con la energía y el cambio climático: el *TLCAN* necesita ser reformado para dar lugar a las excepciones o amplios cambios para tales medidas en sus políticas; de otro modo, las disputas en el comercio pueden causar que los gobiernos no instrumenten nuevas leyes para atender los fenómenos derivados del cambio climático. Adicionalmente, los tratados de comercio a futuro necesitan tratar el comercio de bienes y servicios en formas comparables.

Manufactura

El *TLCAN* estimuló una reorganización importante de la manufactura en América del Norte, particularmente en la industria automotriz, vestimenta y electrónica, cambios que produjeron un comercio en expansión e inversiones, mientras que también causaron pérdidas de empleo que fueron inadecuadamente atendidas por medidas de ajuste en el comercio. Desde el año 2000, sin embargo, la manufactura en la región ha mostrado un problema de competitividad: se ha perdido más de una cuarta parte de empleos en la manufactura y la tendencia a ir disminuyendo ya se registraba desde antes de la recesión actual. Los tres países del *TLCAN* necesitan desarrollar una nueva estrategia regional para competir efectivamente con los otros exportadores de manufactura, particularmente China. Este esfuerzo necesita tomar seriamente la promesa del *TLCAN* de una integración regional expandiendo la cooperación económica, incrementando los fondos para el desarrollo en las industrias estratégicas (con la ayuda de un *Nadbank* revitalizado) y permitiendo a los gobiernos tomar medidas para asegurar que la expansión futura de la manufactura resulte en algo más que una “economía de enclave”, sino que en un estímulo más amplio para la economía regional.

Agricultura

El *TLCAN* ha tenido un impacto socioeconómico muy duro en México debido a la amplia brecha en el desarrollo de la agricultura entre Estados Unidos y México. El gobierno mexicano no aprovechó el periodo de transición incluido en el programa de desregulación del *TLCAN*, tampoco cumplió con la inversión pública en proyectos que aumentarían la producción, tales como la irrigación. Ahora, México se enfrenta a una alta pobreza rural, la pérdida del modo de vida rural, una creciente dependencia en la producción de alimentos y una mayor migración fuera de las áreas rurales. Las reformas necesitan atender las asimetrías continuas en el desarrollo agrícola mediante otras negociaciones de comercio. Retomando de la *WTO*, México necesita un trato especial y diferenciado como nación en desarrollo, con el derecho a designar cultivos claves como “productos especiales” libres de una total desregulación y para defenderse a sí mismo de incrementos en la importación con un “mecanismo especial de salvaguardas”. Retomando de la Unión Europea, un *Nadbank* renovado necesita invertir en los proyectos que aumenten la productividad para estimular el desarrollo agrícola. Finalmente, los gobiernos necesitan atender las fallas persistentes del mercado, tales como las externalidades del

medio ambiente, de la agricultura industrializada y de los altos niveles de concentración del mercado.

Inversión

El capítulo 11 del *TLCAN* sobre la inversión ha sido controversial desde que se tuvo conciencia de que, luego de entrar en vigencia el tratado, le otorgaba a los inversionistas el derecho de demandar a los gobiernos por acciones que son consideradas por árbitros internacionales como injustas, discriminatorias o equivalentes a “expropiación” al impedir el derecho del inversionista a recibir ganancias. Esto ha desembocado en una amplia gama de amenazas y demandas por parte de los inversionistas en contra de los gobiernos, muchas debido a reglamentos del medio ambiente o de salud. El *TLCAN* autoriza a la Comisión de Libre Comercio, conformada por representantes a nivel gabinete de cada Estado, a realizar interpretaciones comprometedoras del tratado en los tribunales. Ésta es una herramienta importante para aclarar el tratado, el cual, así, no requeriría volver a abrirse y podría restringir las demandas en contra de las medidas no discriminatorias y establecer el arbitraje inversionista-Estado como un remedio excepcional, cuando todas las demás correcciones han sido agotadas. Otras acciones administrativas podrían limitar de manera apropiada la discreción de los tribunales y asegurar que hubiera panelistas más justos y más independientes con especialidad en asuntos relacionados con la política de comercio. Algunas reformas, tales como eliminar el régimen de inversionista-Estado del tratado, requieren que éste sea reabierto. También lo serían las reformas a las restricciones del capítulo sobre inversionistas, acerca del uso limitado de controles de capital clave para el manejo de crisis financieras y requerimientos de desempeño, que han resultado ser útiles para estimular la transferencia de tecnología y desarrollo local.

Propiedad intelectual

Mientras que las cláusulas sobre propiedad intelectual del *TLCAN* (*IP*) han introducido algunas restricciones que van más allá de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (*TRIPS*) de la Organización Mundial de Comercio, el problema principal para México no es el *TLCAN*, sino la adopción de reglas *IP* por parte del gobierno mexicano que hacen más difícil que la innovación sea diseminada y ampliamente utilizada dentro del país. Por lo tanto, México posee un margen de políticas suficiente con el *TLCAN*

para adoptar reformas importantes, tales como limitar la emisión de patentes de segunda mano y revertir reformas más recientes que restringen el uso de licencias obligatorias para obtener una reducción de precios en medicamentos. Habiendo señalado estos puntos, algunas reformas importantes requerirían cambios en el *TLCAN*, tales como permitir la importación paralela de medicamentos patentados de menor costo de un tercer país, un procedimiento que se permite dentro del *TRIP*.

Finalmente, México necesita reforzar la capacidad de participantes locales para la innovación, un esfuerzo que podría ser favorecido por un incremento en la cooperación regional sobre la investigación y el desarrollo y por medio del financiamiento a cargo de *Nadbank* u otras instituciones regionales.

Medio ambiente

Ésta es una de las pocas áreas en las que existe consenso para hacer reformas muy modestas, basado en el acuerdo del 10 de mayo hecho en Estados Unidos y las revisiones subsiguientes de los *TLC* de Perú, Panamá y Colombia. Dichos cambios, que convierten al medio ambiente en un capítulo con violaciones sujetas a medidas plenamente ejecutables, serían un importante primer paso, pero pequeño. El daño ambiental causado por la expansión del comercio en América del Norte es considerable. El gobierno mexicano considera que el costo de la degradación ambiental se encuentra en un 10 por ciento del *PIB* anual. El *TLCAN* necesita reformas más a fondo para las cláusulas sobre el medio ambiente para asegurar una mejora gradual en los estándares y cumplimiento en los tres países. Necesita instituciones con financiamiento amplio para atender problemas crónicos. Más allá del capítulo del medio ambiente, el *TLCAN* también necesita que se hagan reformas en: las reglas de inversión, para asegurar que los gobiernos tengan derecho a exigir transparencia y cumplimiento con el medioambiente; sus reglas *IP* para promover la transferencia de tecnologías verdes y una distribución adecuada del reparto de ganancias, el compromiso en materia de servicios para permitir las excepciones para las regulaciones de impacto social, particularmente en lo que concierne al cambio climático.

El trabajo

El acuerdo paralelo del *TLCAN* sobre el trabajo, el primero de su género en un tratado de comercio, tenía el objetivo explícito de promover los estándares de trabajo en América del Norte; sin embargo, existe poca evidencia de que

esto haya pasado, razón por la cual dicho acuerdo quedó identificado para ser reformado en futuros tratados. Incorporar tales reformas en el *TLCAN* sería muy valioso; al reconocer los estándares de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (*ILO*) y establecer los mecanismos de cumplimiento. Las reformas también deberían fortalecer el financiamiento y los mandatos de la Comisión de Trabajo presentados por el *TLCAN*. Estados Unidos podría una vez más beneficiarse de las mejoras en los estándares de trabajo en México, como lo han demostrado los investigadores, pues los estándares bajos contribuyen a un déficit en el comercio, principalmente porque el incremento en ingresos de países que son socios en el comercio crea una demanda para los bienes producidos en Estados Unidos.

Migración

La promesa al inicio del *TLCAN* fue que la prosperidad económica haría posible que México “exportara productos, no gente”. Aun así, la migración de México a Estados Unidos se ha más que duplicado desde entonces, debido a la muy poca creación de empleo en México y una demanda muy fuerte de mano de obra migrante en Estados Unidos, que no ha sido afectada por el incremento en las medidas de control fronterizo. El *TLCAN* liberalizó el comercio de productos, servicios e inversiones, pero no la mano de obra. No es muy probable que se trate el tema en las próximas reformas del *TLCAN*, pero algunas medidas pueden marcar una diferencia. El gobierno mexicano necesita convertir la creación de empleo en su más importante prioridad dentro de sus políticas económicas, con especial atención en las regiones de menor desarrollo. Las instituciones financieras regionales, tales como un *Nadbank* revitalizado, deben asistir en esos esfuerzos. Las reformas a las cláusulas agrícolas del *TLCAN*, mencionadas en otra sección, pueden aminorar el, relativamente reciente flujo del campo mexicano. Las reformas hechas a las cláusulas de trabajo del *TLCAN* deben incluir la protección a los derechos de los migrantes. Finalmente, Estados Unidos necesita una reforma migratoria integral que discriminalice el flujo de los trabajadores, que es un resultado directo de las políticas económicas lideradas por el *TLCAN*.

Servicios del *TLCAN* y cambio climático

Robert K. Stumberg

Seis capítulos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*TLCAN*) aplican a medidas gubernamentales que regulan los servicios: *Capítulo 6*, Energía y petroquímicos básicos; *Capítulo 9*, Medidas relacionadas estándares; *Capítulo 11*, Inversión; *Capítulo 12*, Servicios de intercambio entre fronteras; *Capítulo 14*, Servicios financieros, y *Capítulo 15*, Políticas de competencia, monopolios y empresas estatales.¹

Durante los primeros 15 años, el rostro de los servicios del *TLCAN* ha sido un camionero mexicano falto de sueño. Argumentando una preocupación por la seguridad, Estados Unidos mantiene un moratorio indefinido para el transporte de camiones mexicanos de largo alcance.² Esto continúa a pesar de que México presentó –y ganó– la primera disputa de servicios del *TLCAN* en contra del moratorio bajo el capítulo 12, “Comercio en servicios entre fronteras”.³ Cuando México finalmente en marzo de 2009 impuso \$2,400 millones de dólares en sanciones de comercio, la administración de Obama

¹ El capítulo de inversión es explicado en el artículo de Gus Van Harten. Se trata a las empresas que proveen un servicio a través de presencia comercial (*e.g.*, como subsidiario) en un país, y eso deshabilita a los inversionistas privados de buscar una compensación por violaciones al capítulo. Los otros capítulos deshabilitan a los gobiernos e inversionistas no privados a reforzar las reglas a través de sanciones de intercambio. En una disputa de inversión acerca de transporte de desechos peligrosos entre fronteras donde Canadá perdió, el tribunal dejó claro que los capítulos del *TLCAN* son “acumulativos”, “es decir, que los capítulos 11 y 12 pueden aplicar a la misma medida. *S.D. Myers v. Canada*, Partial Award (Merits) (2000, 13 de noviembre 13), 40 *International Legal Materials* 1408, ¶ 292.

² Véase Christopher Stoltz (2005), “*NAFTA*, The United States, Texas, and Mexico: Problems Facing Commercial Vehicles at the Border and What is Being Done to Ensure Safety on the Roadways”, *Texas Tech Journal of Texas Administrative Law*, 6, 165.

³ Panel sobre *TLCAN* (2001, February 6), *In the matter of Cross-Border Trucking Services (Cross-Border Trucking)*, Secretariat File No. USA-MEX-98-2008-01. Véase Elizabeth Townsend (2004), *NAFTA*, “Mexican Trucks and the Border: Making Sense of Years of International Arbitration, Domestic Debates and the Recent U.S. Supreme Court Decision”. *Transportation Law Journal*, 31, 131.

rápidamente anunció sus intenciones de negociar un acceso seguro y gradual para los camiones mexicanos.⁴

Ése fue el mes en que Canadá cambió su atención a la frontera norte. En una campaña lobista de ambas costas, Canadá se quejó de que las medidas propuestas para el clima en el congreso de EU y el estado de California discriminarían la distribución del crudo (“bitumen”) que se extraía de las arenas de brea en Alberta. Canadá también afirma que las políticas de energía renovable del Estado discriminan las exportaciones del hidropoder canadiense.

Otros servicios entre fronteras han generado cierta controversia acerca del *TLCAN*,⁵ pero el transporte de camiones y la energía son los servicios entre fronteras en los cuales una disputa –o amenaza– de comercio tiene el poder de dar forma a las decisiones de política más importantes.

Durante la campaña presidencial de 2008,⁶ el candidato Barack Obama propuso “enmendar” el *TLCAN*.⁷ Mientras que señalando la intención de re-

⁴ México anuncia \$2.4 billones (miles de millones de dólares) en represalias por los camiones del programa (2009, 17 de marzo). *Inside U.S. Trade*; La administración busca responder rápidamente a las represalias contra los camiones mexicanos Retaliation (2009, 20 de marzo). *Inside U.S. Trade*. La imposición por parte de México de sanciones comerciales parece reflejar un cambio dentro de la industria camionera mexicana, que indicó que está dispuesta a reclamar su parte del mercado de larga distancia mediante la presentación de arbitraje de los inversores con arreglo al capítulo 11 del *TLCAN*. Los camioneros mexicanos buscan más de \$6 mil millones de dólares en indemnizaciones. *CANCAR v. United States* (Notice of Arbitration) (2009, April 2); Jose de Cordoba (2009, June 2). Los camioneros mexicanos han archivado 6 mil millones de dólares en demandas contra Estados Unidos en el marco del *TLCAN*. *Wall Street Journal*. Disponible en: <http://online.wsj.com/article/SB124390544386374905.html> (consultado 2 de junio de 2009).

⁵ Los sectores de servicios del *TLCAN* que han generado controversia (pero no una disputa comercial probable) incluyen: Juegos de azar, Justin Rex (2008), “The options for Internet gambling in Canada”. *American Review of Canadian Studies* (verano). Disponible en: http://findarticles.com/p/articles/mi_hb009/is_2_38/ai_n29452629/?tag=content;colI (viewed May 20, 2009). Véase también CBC News (2003, November 17), “Online Gambling”, *CBC News Online*. Disponible en <http://www.cbc.ca/news/background/gambling/onlinegambling.html> (consultado 19 de marzo de 2009); Michael D. Lipton (2002, junio), “Internet gaming: A look at online gambling in Canada”, *The International Masters of Gaming Law* Disponible en: http://www.gaminglawmasters.com/jurisdictions/canada/inet_canada.html (consultado el 20 de mayo de 2009). *Salud*: véase Heather Heavin (2003), “The Romanow Report: NAFTA Reservations and Proposed Reform”, *Saskatchewan Law Review*, 66, 577. *Turismo general*: véase Luz Aída Martínez Meléndez (2008, 21 de abril), “NAFTA, Tourism and the Environment in Mexico”, *Research Paper, Fourth North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade. Tourism, fishing*: véase Katherine Mcguire (2001), “State and Provincial Regulations with Cross-Border Impact”, *Canada-U.S. Law Journal*, 27, 243.

⁶ Ohio Conference on Fair Trade (2008, 28 de febrero), “Presidential Candidate Questionnaire: Barak Obama, Question 7, Replacing the NAFTA model”, pp. 5-6. Disponible en: http://www.citizenstrade.org/pdf/OCFTI_%20PresPrimaryTradeQuestionnaire_Obama_022008.pdf.

⁷ North American Free Trade Agreement, NAFTA (1992, 17 de diciembre), Can-Mex-U.S., *International Legal Materials*, 32, 299.

abrir el texto del tratado, su administración está evaluando cómo se debe cambiar el modelo para tratados a futuro.⁸

Surgen varias lecciones de la disputa por el transporte en camiones y del conflicto de energía bajo los capítulos 6 (Energía) y 12 (Servicios entre fronteras). Sin importar el resultado, el debate presenta una imagen de falta de balance estructural que el *TLCAN* comparte con sus tratados de libre comercio posteriores. Para propósitos de trato nacional, el *TLCAN* no presenta excepciones paralelas (comparado con productos) para las medidas que se relacionan con los servicios entre fronteras. En la ausencia de excepciones paralelas para la salud y conservación de recursos, una disputa de comercio basada en los servicios puede minar las excepciones para las medidas que regulan los productos. Estas vulnerabilidades persisten en los tratados de libre comercio más recientes.

Existe una comparación entre el *TLCAN* y las cláusulas del *WTO* (World Trade Organization) sobre el tratamiento de los servicios. En el primero tienen una cobertura más amplia y en el segundo excepciones más limitadas sobre el Comercio en los Servicios (*GATS*). En los casos en que la cobertura se empalma, el *TLCAN* podría restringir la flexibilidad integrada en el sistema *WTO*. En teoría, el *TLCAN* provee mecanismos para preservar el espacio de la política al crear nuevos tratados y políticas sobre el clima conforme van surgiendo. Pero para cuando una política emerge, las líneas de conflicto en el comercio ya se han trazado. Al final, la lección realista es arreglar las fallas del *TLCAN* no repitiéndolas. Cualquier tratado a futuro debe considerar los productos y servicios como los sectores paralelos que son, –con excepciones– iguales para los objetivos de política, legítimos.

Necesidad de reforma

Cobertura dual: el TLCAN y la WTO

Las sanciones del transporte en camiones impuestas a México nos recuerdan que las reglas del *TLCAN* sobre los servicios aún se encuentran en pañales. Es posible que se nos tenga que recordar que a un año de que el *TLCAN* entró en vigencia, los países que lo conforman el *TLCAN* se unieron en un tratado de servicios más amplio con un alcance global y reglas de comercio

⁸Véase Advisory from the Committee on Ways and Means, Subcommittee on Trade (2009, 7 de mayo), Trade Subcommittee Chairman Levin Announces a Hearing on Investment Protections in U.S. Trade and Investment Agreements, No. TR-2.

adicionales, el *GATS*.⁹ Como el *TLCAN*,¹⁰ el *GATS* prohíbe la discriminación con las reglas de Trato Nacional y el de Nación Más Favorecida (*NMF*).¹¹ Pero el *GATS* va más allá para prohibir límites no discriminatorios en número, cantidad o forma legal de los servicios y proveedores.¹²

Sin embargo, el eclipse del *GATS* sobre el *TLCAN* es sólo parcial. Las reglas del *GATS* aplican a sectores “comprometidos” específicos, mientras que el *TLCAN* cubre todos los sectores; éstas son sólo una pequeña cantidad de medidas que son excluidas por los anexos.¹³ A pesar de que los anexos del *TLCAN* podrían excluir las medidas estatales y provinciales, las negociaciones nunca completaron el proceso para medidas a futuro debido a su complejidad y resistencia política.¹⁴

Adicionalmente a una cobertura más amplia que el *GATS*, el *TLCAN* provee pocas excepciones. Un país del *TLCAN* puede defenderse del reto en contra del tratamiento de productos invocando las excepciones generales del *GATT* (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), para las medidas “necesarias para proteger la vida humana, animal o de las plantas y su salud” o las medidas “relacionadas con la conservación de recursos naturales exhaustivos”.¹⁵

Existe la especulación de que las excepciones del *GATT* pueden aplicar a otros acuerdos del *WTO* (por ejemplo, procuración, servicios, subsidios, etcétera).¹⁶ Sin embargo, los acuerdos del *WTO* demuestran la intención de incluir

⁹General Agreement on Trade in Services (*GATS*) (1994, 15 de abril), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B. *United Nations Treaty Series*, 1869, 183.

¹⁰*TLCAN*, art. 1202. Véase Harry G. Broadman (1993), “International trade and Investment in Services: A Comparative Analysis of the *NAFTA*”, *International Lawyer*, 27, 623.

¹¹*GATS* art. II (*MFN*) y art. XVII (National Treatment).

¹²*GATS* art. XVI (Market Access). El *GATS* también autorizó las negociaciones sobre las nuevas normas comerciales para la regulación interna, las subvenciones y la contratación de servicios, que están ahora en curso. *GATS* art. VI (4) (Domestic Regulation), art. XIII (Government Procurement) y art. XV (Subsidies).

¹³El Anexo I, no incluye las medidas que existían en 1993, incluyendo todas las medidas estatales y provinciales que no eran coherentes. El Anexo II incluye los tipos de futuras medidas inconsistentes.

¹⁴*NAFTA* Parties to Protect Existing Sub-Federal Measures Indefinitely (1996, 3 de abril). *Inside U.S. Trade (Inside NAFTA)*. Véase McIlroy, James P. (1997), “*NAFTA* and the Canadian Provinces: Two Ships Passing in the Night?”, *Canada-U.S. Law Journal*, 23, 431; Matthew Schaefer (1997), “Searching for Pareto Gains in the Relationship between Free Trade and Federalism: Revisiting the *NAFTA*, Eyeing the *FTAA*”, *Canada-United States Law Journal*, 23, 441; Edward T. Hayes (2005). “A Comparative Analysis of the Regulation of State and Provincial Governments in *NAFTA* and *GATT/WTO*”, *Chicago Journal International Law*, 5, 605.

¹⁵*TLCAN* art. 2101; General Agreement on Tariffs and Trade (*GATT*) (1994, 15 de abril). Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, *United Nations Treaty Series*, 1867, 187, art. XX(b) and (g).

¹⁶Véase World Trade Organization (*WTO*) Panel Report (2009, 27 de abril). *Columbia – Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, Doc. WT/DS366/R, ¶ 7.498. Ahí, el panel opinó,

selectivamente las mismas excepciones que el *GATT* en algunos casos¹⁷ y de excluirlos en otras.¹⁸ El *TLCAN* incorpora de manera explícita las excepciones del *GATT* en su capítulo sobre la energía, pero sólo para bienes y no para servicios.¹⁹

El *TLCAN* provee una única excepción para los servicios: medidas “necesarias para asegurar el cumplimiento” con una disposición que es de otro modo consistente con el *TLCAN*.²⁰ Sin embargo, como fue interpretado por el panel del *TLCAN* en *Transporte de Camiones entre Fronteras*, la medida que se está defendiendo debe hacer valer otra ley, no a sí misma.²¹ Adicionalmente, la medida que se está haciendo valer debe ser consistente con el *TLCAN*. Esa condición no se puede cumplir si la ley que se está aplicando es la misma medida que se está confrontando.²²

“In any cases where a measure may violate a particular provision of the *WTO* Agreements, a number of exceptions—notably those included in Article XX of the *GATT* 1994—allow *WTO* Members to justify a *WTO*-inconsistent measure”. Christopher D. Stone (1997), “Too Many Fishing Boats, Too Few Fish: Can Trade Laws Trim Subsidies and Restore the Balance in Global Fisheries?”, *Ecology Law Quarterly*, 24, 505 (“...the *SCM* carried forward by implication the “general exceptions” defenses under *GATT* Article XX”).

¹⁷ Por ejemplo, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (*SCM*) (1994, 15 de abril). Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, *United Nations Treaty Series*, 1867, 14, art. 8 (Non-Actionable Subsidies), which is terminated under art. 31, Provisional Application (“The provisions of Artículo 8 (...) puede aplicar por un periodo de cinco años”).

¹⁸ Por ejemplo, el Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas (*TRIMS*) (1994, 15 de abril). Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, *United Nations Treaty Series*, 1868, 186, art. 3 (“All exceptions under the *GATT* 1994 shall apply, as appropriate, to the provisions of this agreement”).

¹⁹ *TLCAN*, art. 2101.1 (“A los efectos de: La Segunda parte –Comercio de Mercancías–, salvo en la medida en que una disposición de que se aplique a servicios, y la tercera parte –Obstáculos Técnicos al Comercio–, excepto en la medida en que una disposición de esa parte se aplica a los servicios, artículo XX del *gatt* y sus notas interpretativas se incorporan a (...) y forman parte del presente Acuerdo. Las Partes entienden que las medidas contempladas en el artículo XX del *GATT* (b) incluyen las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud humana, animal o vegetal, o la vida de la salud, y que el *GATT* Artículo XX (g) se aplica a las medidas relativas a la conservación de la vida y no vivos de los recursos naturales consumibles.”)

²⁰ *TLCAN* art. 2101.1.

²¹ *Cross-Border Trucking*, ¶ 264 (citing *WTO Panel Report* (1957, 14 de marzo). *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*. Doc. WT/DS31/R, ¶¶ 5.8-5.1). The exception in *NAFTA* art. 2101(2) is similar to the exception in *GATS* art. XIV(c) and *GATT* art. XX(d). Por ejemplo, véase: the *WTO Appellate Body Report* (2005, 20 de abril). *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services* (United States-Gambling Services). Doc. WT/DS285/R; *WTO Panel Report* (2001, 10 de enero). *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, chilled and Frozen Beef*, Doc. WT/DS161,169/R / DSR 2001:1, 59; *GATT Panel Report* (1990, 16 de mayo). *EEC-Parts and Components*. Doc L/6657-37S/132. Véase también, Leroux, Eric H. (2007), “Eleven Years of *GATS* Case Law: What Have We Learned?”, *Journal of International Economic Law*, 10, 749.

²² *Cross-Border Trucking*.

Cobertura dual: productos y servicios

El *TLCAN* no define la distinción entre “productos” y “servicios”. En vez de ello, define los productos haciendo referencia al Sistema de Tarifas Armonizado de clasificación de aranceles. En el caso de energía y productos petroquímicos, incluye las categorías de productos para la electricidad, gas natural y artificial, crudo, productos de petróleo refinado específicos, etcétera.²³ Para los servicios, hace referencia a las actividades empresariales como la transmisión, distribución y almacenamiento de energía y productos petroquímicos.²⁴ Así como otros acuerdos de comercio, la cuestión no es sólo si una ley queda cubierta exclusivamente por el capítulo de productos del *TLCAN* o un capítulo sobre servicios, ya que en ambos casos es posible que aplique. Por ejemplo, el Estándar de Combustible Bajo en Carbono de California (*LCFS*) es muy probable que esté cubierto por los capítulos de *TLCAN* en:

- Productos, lo que aplica en “comercio de productos” e incorpora la cobertura del *GATT* de regulaciones internas “afectando la venta interna, ofreciendo la venta, compra, transporte, distribución o uso”.²⁵
- Energía y petroquímicos, ya que es una medida “relacionada a (...) productos básicos petroquímicos que se originan en el territorio de las partes (...) y para el comercio entre fronteras en los servicios asociados con dichos productos”.²⁶
- Servicios entre fronteras, ya que es una medida en “relación al comercio entre fronteras en lo referente a servicios”.²⁷

Cada capítulo aplica a un enfoque más amplio de medidas que aquellos que directamente regulan los productos o servicios, respectivamente. Una medida que regula la distribución de servicios puede fácilmente “afectar” el comercio en los productos que están siendo distribuidos. Una medida que regula un producto también puede estar “relacionada” con los servicios de distribución de ese producto. En otras palabras, una sola regulación puede estar cubierta por dos o más capítulos del *TLCAN*.

Una razón para la ausencia de excepciones de servicios es que el *TLCAN* provee rutas alternas para salvaguardar las regulaciones de servicios. Una fue

²³ *TLCAN* art. 602.2; U.S. International Trade Commission (*USITC*) (2009), *Official Harmonized Tariff Schedule*, Consultado en julio 22, 2009 from *USITC* Web site: <http://www.usitc.gov/tata/hts/index.htm>.

²⁴ Como ejemplo véase el *TLCAN* art. 602.3.1.

²⁵ *TLCAN* capítulo 3 (National Treatment and Market Access for Goods), art. 1; *GATT* art. III:1.

²⁶ *TLCAN* capítulo 6 (Energy and Basic Petrochemicals), art. 602.1.

²⁷ *TLCAN* capítulo 12 (Cross-Border Trade in Services), art. 1201.1.

sacarlas del capítulo de energía, como lo hizo México; la otra fue sacarlas poniéndolas en un listado del Anexo II, que Estados Unidos aún puede hacer por medio de negociaciones. Estados Unidos no usó ninguno de estos métodos para su política de energía o clima.

El hecho es que aun si un país miembro del *TLCAN* pudiera defender una medida bajo las excepciones para el comercio en productos, podría perder un reto basado en el trato nacional de servicios. Esta distinción se hace presente en el contexto de exportaciones canadienses de servicios de energía a Estados Unidos.

Cuadro 1

COMPARACIÓN DE LAS EXCEPCIONES GENERALES DE *TLCAN*²⁸

<i>Productos-Excepciones Seleccionadas Incorporado del GATT art. XX</i>	<i>Servicios entre Fronteras</i>
a. Medidas necesarias para proteger la moral pública.	
b. Medidas necesarias para proteger la vida humana, animal o vegetal y la salud.	
c. Medidas necesarias para asegurar el cumplimiento con las leyes o regulaciones que no sean inconsistentes con las cláusulas de tratado.	Medidas necesarias para asegurar el cumplimiento con las leyes o regulaciones que no sean inconsistentes con las cláusulas de este tratado.
g. Medidas relacionadas con el agotamiento de recursos naturales no renovables...	
i. Medidas esenciales para la distribución de productos en escasez...	

Servicios ambientales de energía y clima

Como lo señalan Robert Howse y Petrus van Bork, “La energía es inherentemente dinámica, es un proceso de transformación. El producto es el proceso”.²⁹ El capítulo 6 del *TLCAN* requiere del trato nacional de productos de energía (como la electricidad y el petróleo)³⁰ y proveedores entre fronteras de servicios de energía (como la distribución de dichos productos).³¹ El

²⁸ *TLCAN* art. 2101.1, which for measures that relate to trade in goods, incorporates *GATT* art. XX.

²⁹ Howse, Robert L. y Petrus van Bork (2006), “Opportunities and Barriers for Renewable Energy in *NAFTA*”, *Research Paper, Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade* (febrero), p. 29, nota 109.

³⁰ *TLCAN* art. 606; *TLCAN* art. 301.

³¹ *TLCAN* art 1202.

capítulo 14 cubre los servicios financieros relacionados con la energía (como el comercio en créditos de carbono y *offset*). Un país miembro del *TLCAN* puede realizar una medida que se relacione con la distribución de productos bajo los capítulos del *TLCAN* para los productos o servicios o ambos.³² Esto es consistente con la interpretación del *WTO* de que tanto el *GATT* y el *GATS* pueden cubrir la misma medida.³³

Un reclamo al *GATS* le daría a Canadá la oportunidad de aliarse con otros países, algunos de los cuales (por ejemplo Venezuela o Brasil) han ganado disputas en la *WTO* en contra de Estados Unidos.³⁴ Y como el *TLCAN*, el *GATS* también carece de una excepción para la conservación de recursos.³⁵ Pero a diferencia del *TLCAN*, el *GATS* provee una excepción para la vida y salud humana y de animales.³⁶ Esta excepción no está probada en el contexto del clima, pero teóricamente se encuentra disponible como una defensa.³⁷

Suponiendo que un país desea realizar una medida basada en el trato nacional de servicios, la pregunta de entrada es si la medida está cubierta por el *TLCAN*, el *GATS* o ambas. Como se señala más arriba, el *TLCAN* cubre las medidas que se relacionan con el suministro de energía entre fronteras,³⁸ mientras que el *GATS* aplica el trato nacional a las medidas que afectan el comercio en los sectores en los que Estados Unidos tiene un compromiso específico,³⁹ como en la distribución al mayoreo de productos (incluyendo los productos de petróleo)⁴⁰ y otros compromisos existentes y propuestos.⁴¹ En total, existe

³² Howse y van Bork (2006).

³³ *WTO Appellate Body Report* (1997, 30 de julio). *Canada-Certain Measures Concerning Periodicals* (Canada *Periodicals*). Doc. WT/DS31/AB/R; *WTO Appellate Body Report* (1997, 25 de septiembre). *European Communities- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (EC-Bananas). Doc. WT/DS27/AB/R; Leroux (2007).

³⁴ Sin embargo, Venezuela no puede ser un socio dispuesto si el crudo de Canadá desplaza el crudo venezolano en el mercado de EU. Véase Lindsay Sword (2008, 18 de agosto), "U.S. Refinery Investments Align with Oil Sands Supplies to 2015", *Oil and Gas Journal*. Disponible en: <http://www.istockanalyst.com/article/viewiStockNews/articleid/2626911> (consultado 20 de mayo de 2009).

³⁵ *GATS* art. XIV.

³⁶ Comparar *GATS* art. XIV(b) con *NAFTA* art. 2101. *GATS* art. XIV(b) es similar al *GATT* art. XX(b).

³⁷ Véase Lisa Heinzerling (2008), "Climate Change, Human Health and the Post-Cautionary Principle", *Georgetown Law Journal*, 96, 445.

³⁸ *TLCAN* art. 602(1); *TLCAN* art. 1201(1).

³⁹ *TLCAN* art. 1201(1); *GATS* art. I:1, art. XVII:1.

⁴⁰ United States Revised Services Offer (2005). Doc. TN/S/O/USA/Rev.1 (4.B.CPC 622) (except wholesale trade of alcoholic beverages, firearms and military equipment) (no limitations on mode 1, cross-border supply). CPC 62271 covers "Wholesale trade services of solid, liquid and gaseous fuels and related products." U.N. Statistics Division (2009). *Detailed Structure and Explanatory Notes: CPCprov*. Consultado en mayo 20, 2009 from UN Statistics Division Web site: <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&>.

⁴¹ United States Revised Services Offer (2005), including the relevant sectors: *Commitment – Services incidental to energy distribution*: 1. Business Services, F. Other Business Services, (j) Ser-

un espectro razonable de cobertura bajo los capítulos de servicios tanto del *GATS* como del *TLCAN*.

Canadá podría utilizar estos capítulos para armar a nivel Estado su argumento de discriminación en contra de dos medidas. Un análisis completo excede el alcance de este documento, pero se pueden ilustrar dos lecciones. Primero, el alcance del conflicto de los servicios del *TLCAN* no es probable que sea sobre el objetivo del medio ambiente *per se*; sino, cómo es que los gobiernos cuentan las cosas como verdes o “qué tan verdes son”.⁴² Segundo, ni el *TLCAN* ni el *GATS* permiten que un país defienda un reclamo de servicios, con la excepción de recursos naturales que aplica al comercio de productos.

Petróleo de arenas de brea de Canadá

La producción canadiense de petróleo crudo de las arenas de brea de Alberta está proyectado a crecer 158 por ciento entre 2007 y 2015, de lo cual la mayoría será exportado a Estados Unidos.⁴³ La expansión de las exportaciones por encima de los niveles de 2007 requerirán de una inversión de 31,000 millones de dólares en nuevas tuberías, estaciones de mezclado y capacidad de refinerías, mucho de lo cual se cubriría entre Alberta y refinerías en Oklahoma y Texas.⁴⁴

Una parte de este incremento reducirá la dependencia en las fuentes “extranjeras”,⁴⁵ pero desafortunadamente, el crudo de las arenas de brea libera más gases invernadero (*GHG*) que el crudo convencional.⁴⁶ Desde 2004, las emisiones de *GHG* (Green House Gas) de la extracción de petróleo

vices incidental to energy distribution, 46 (no limitations on mode 1, cross-border supply) *Offer – Bulk storage of fuels*: 11. Transport Services, (Offer) H. Services Auxiliary to All modes of Transport, (b) Storage and warehouse services (except maritime transport services or services to which the Annex on Air Transport Services Applies) (CPC 742), 104 (no limitations on mode 1, cross-border supply). *Promise to commit to settle a WTO dispute – Bulk storage of fuels*: Joint letter of the United States and the European Communities pursuant to paragraph 5 of the Procedures for implementation of article XXI of the General Agreement on Trade in Services (2007, 17 de diciembre). Doc. S/L/80. *Offer-Pipeline transportation of fuels*: United States Revised Services Offer (2005). 11. Transport Services, (Offer) G(a) Pipeline transportation of fuels, 103 (no limitations on mode 1, cross-border supply).

⁴² Howse y van Bork (2006), p. 23

⁴³ La base de la producción de Alberta de betún (el producto pesado de extracción de arenas de alquitrán) fue de 1.2 millones de barriles por día en 2007, el aumento se proyecta en 3.1 millones de barriles por día en 2015. Espada (2008).

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Andrew Nikiforuk (2008), *Tar Sands: Dirty Oil and the Future of a Continent*, Vancouver; Greystone Books.

en Canadá se han incrementado en 57 por ciento, principalmente el crudo de las arenas de brea destinado para el mercado de Estados Unidos.⁴⁷

El gobierno de Canadá está haciendo presión política en contra de las medidas climáticas de Estados Unidos que pudieran restringir el porcentaje del mercado del crudo que posee Canadá. Esto incluye un *LCFS* (Low Carbon Fuel Standard – Estándar de Combustible Bajo en Carbono) federal y un ajuste fronterizo sobre el contenido de carbono de los productos.⁴⁸

El gobierno de Canadá⁴⁹ y Alberta⁵⁰ también se quejan de que California está desarrollando su *LCFS* a nivel Estado en una forma en que discrimina en contra del crudo de las arenas de brea. El *LCFS* de California (marzo 5, 2009) requiere de proveedores de combustible que cumplan con un estándar de intensidad de carbono.⁵¹ La medida para medir los productos de petróleo es una lista de revisión, que aplica al 98 por ciento de los combustibles vendidos en California en 2006, pero no incluye el crudo de las arenas de brea.⁵² Las cartas de Canadá se traducen en un argumento de trato nacional del *TLCAN* al tenor de lo siguiente:

⁴⁷ Environment Canada (2007), *Canada's 2007 Greenhouse Gas Inventory*, Consultado en mayo 20, 2009 from Environment Canada Web site: http://www.ec.gc.ca/pdb/ghg/inventory_report/2007/som-sum_eng.cfm.

⁴⁸ Sheldon Alberts (2009, May 14), "U.S. Climate bill would be 'disaster'", Canwest News Service. Disponible en <http://www.nationalpost.com/story-printer.html?id=1593753> (consultado 20 de mayo de 2009). Véase la relatoría de la discusión Waxman-Markey, "American Clean Energy and Security Act of 2009" (2009, 31 de marzo), "Low carbon fuel standard", Liz Barratt-Brown (2009, May 15), "Waxman-Markey bill ups the ante on tar sands and other dirty energy", nrdc Switchboard. Disponible en: http://switchboard.nrdc.org/blogs/lizbb/waxmanmarkey_bill_ups_the_ante.html (consultado 20 de mayo de 2009) ("a pesar de que una disposición clave que aborda el carbono en los combustibles [a lcfcs federal] fue removido bajo intensa presión de los intereses de aceite sucio, la cabeza empezará a hacer los ganadores de las empresas productoras de combustibles limpios y los perdedores de las empresas productoras de combustibles sucios, como la franja de arenas de alquitrán de petróleo minadas y las perforaciones en el corazón de los bosques boreales de Canadá"); Susan Casey-Lefkowitz (2009, 14 de mayo), "Tars sands makes a trade bully of Canada", nrdc Switchboard. Disponible en http://switchboard.nrdc.org/blogs/sclefkowitz/tar_sands_makes_a_trade_bully.html (consultado 20 de mayo de 2009).

⁴⁹ Carta de Kevin Stringer, Director General de Recursos Petroleros Subdivisión de Recursos Naturales de Canadá, a la California Air Resources Board (2009, 4 de marzo) (Natural Resources Canada letter).

⁵⁰ Carta de Alberta Energy, Christopher J. Holley, Branch Head of Research & Technology, a California Air Resources Board (2009, 13 de febrero) (Alberta Energy letter).

⁵¹ Para la gasolina, el estándar de la intensidad de carbono empieza a 95.61 gramos de dióxido de carbono por unidad de energía en 2010 y luego disminuye en un 10 por ciento más de 10 años. California Air Resources Board (carb) (2009, 5 de marzo). carb, el Reglamento propone aplicar el estándar de combustible bajo en carbono, vol. I, subcapítulo 10, art. 4, inciso 7, § 95482 (b), Tabla 1 (Propuesta lcfcs); audiencia pública para considerar la adopción de una propuesta de Reglamento para la aplicación del estándar de combustible bajo en carbono, modificaciones sugeridas del Personal de la propuesta original, modificaciones a la sección 95.486 (2009, 23 de abril). Anexo B, Tabla de consulta IV-20.

⁵² *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(b) Method 1 – *CARB* Lookup Table.

Servicio igualitario. El *TLCAN* requiere que California le dé a los proveedores canadienses un trato que no sea menos favorable del que le da, “en circunstancias similares”, a los proveedores de California o de otra parte en Estados Unidos. Para retar a los *LCFS*, Canadá tendría que establecer la “igualdad” de sus proveedores antes de que pudiera afirmar que se les estaba tratando de manera menos favorable. Al menos en la superficie, la regla del *LCFS* trata a los nuevos proveedores de manera distinta sólo porque la forma en que se genera su producto es más “carbonointensiva” (es decir, no es compatible) que el promedio de California. Ese promedio de California estuvo basado en distintas fuentes de crudo que se consumió en 2006, incluyendo crudo pesado del estado de California.⁵³

Canadá aún tiene que presentar un argumento de servicios bajo el *TLCAN*; sin embargo, ha subrayado hechos que apoyan un argumento de que la distribución de crudo de arenas de brea es un servicio similar comparable con la distribución de crudo pesado dentro de la mezcla de California de 2006.⁵⁴ Los distribuidores mezclan el petróleo de muchas fuentes, y las fuentes de petróleo crudo varían en intensidad de carbono.⁵⁵ Alberta ha comisionado un estudio para probar que la intensidad de carbono “de petróleos crudos convencionales, domésticos e importados, es importante y en algunos casos comparable con el petróleo pesado y crudo derivado de las arenas”.⁵⁶ En otras palabras, es muy probable que Canadá argumente que la distribución de crudo de arenas de brea sea “similar” a la distribución de crudo dentro del estándar básico de California con respecto al proceso de extracción y la intensidad de carbono.

Trato menos favorable. Canadá afirma que la *LCFS* de California tratará a los proveedores de crudo de arenas de brea menos favorablemente. Sus proveedores tendrán que calcular su intensidad de carbono única,⁵⁷ lo que requerirá una nueva forma de llevar un registro detallado incluyendo los cambios en la cadena de supervisión del suministro.⁵⁸ Ya que su petróleo es más intenso en carbono que el promedio del 2006, también tendrán que tomar medidas tales como apropiación de carbono para que sea posible venderlo en el mercado californiano (o en cualquier otro estado que adopte un estándar

⁵³ *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(a)(2)(A)(1).

⁵⁴ Townsend (2004).

⁵⁵ Natural Resources Canada letter; Alberta Energy letter.

⁵⁶ Carta de Energía de Alberta, p. 2.

⁵⁷ *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(a) (2) (A) (2).

⁵⁸ Natural Resources Canada, carta; Carta de Energía de Alberta.

de combustible similar).⁵⁹ Los proveedores en California pueden usar el promedio base como su medida de intensidad de carbono, pero Canadá afirma que una parte del crudo de California es similar o más alto que el de las emisiones *GHG* de las arenas de brea.⁶⁰ Canadá no ha presentado evidencias de que el crudo pesado de California sea tan intensivo en carbono como el crudo de las arenas de brea; sin embargo, el reporte de *LCFS* de California reconoce que 16 por ciento del petróleo base de California vino de las fuentes que requieren de extracción por vapor,⁶¹ como lo hace el petróleo de arenas de brea. En resumen, Canadá puede probar que el *LCFS* a nivel Estado le da al petróleo sucio de California una ventaja sobre el petróleo sucio de Alberta.⁶²

Al considerar el trato menos favorable, el panel del *TLCAN* en transporte de camiones entre fronteras razonó que un trato diferenciado se justifica siempre y cuando no sea más restrictivo en el comercio de lo necesario para lograr un propósito de regulación no discriminatorio.⁶³ La prueba de necesidad del panel del *TLCAN* para las regulaciones para el transporte de camiones suena como las excepciones (medidas necesarias para proteger la moral pública, salud humana, etcétera) que el tratado no provee para los servicios. Eric Leroux señala que el acercamiento del panel es “sorprendente y parece injustificado y en conflicto” con las excepciones del *TLCAN*.⁶⁴

Sin embargo, aún sin referencia para una excepción general, varias decisiones del *GATT* reconocen que un propósito reglamentario legítimo puede justificar trato diferenciado de productos similares que compiten unos con otros (por ejemplo, asbestos *vs* aislante libre de asbestos).⁶⁵ En otras pala-

⁵⁹ *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(a) (2) (A) (2), Para todos los carbob gasolina o diesel, incluyendo los derivados de alta intensidad de carbono de Petróleo Crudo.

⁶⁰ Carta de la Ministra de Recursos Naturales, Lisa Raitt, al gobernador Arnold Schwarzenegger (2009, 21 de abril) (“...el petróleo crudo derivado de las arenas petrolíferas de Canadá puede ser objeto de discriminación como un aceite de alta CI crudo, mientras que los aceites con otros similares de emisiones a nivel institucional no son seleccionados. Esto podría ser percibido como la creación de una barrera comercial injusta...”).

⁶¹ *CARB*, Proyecto de *LCFS*, Staff Report: IV-6 (Cuadro IV-3, Senderos de combustible completo para uso en la *LCFS*, combustible vía descripción de la vía, California blendstock de la gasolina reformulada para mezcla de oxígeno (carbob): 1 vía media basada en la promedio de petróleo crudo utilizado en las refinerías de California), http://www.arb.ca.gov/fuels/lcfs/022709lcfs_carbob.pdf; Staff Report: IV-13 (“El crudo se recuperó en las cantidades de California a aproximadamente el 40 por ciento de todo el crudo entregado a California en 2006. Del crudo producido en California, el 40 por ciento superior requiere de métodos para recuperar el crudo y requiere la generación de vapor para el proceso. Por lo tanto, el uso de energía es mayor en comparación con la extracción primaria”).

⁶² *Ibid.*; Carta de Energía de Alberta.

⁶³ *NAFTA* Panel – *Cross-Border Trucking*.

⁶⁴ Leroux (2007), p. 784.

⁶⁵ Chamovitz, Steve (2007), “The *WTO*’s Environmental Progress”, *Journal of International Economic Law*, 10, 285.

bras, el *GATT* permite que los gobiernos traten a los productos de forma diferenciada si uno presenta una amenaza que el otro no presenta, aún si son similares en términos de uso comercial.

Natural Resources Canadá (Recursos Naturales de Canadá) no disputa la legitimidad del objetivo reglamentario de California. En vez de eso, ofrece alternativas para el tratamiento *LCFS* de petróleo de arenas de brea como un caso especial: ya sea asignar a todo el petróleo crudo la misma intensidad de carbono o tratar a cada proceso de acuerdo con sus propios méritos.⁶⁶ Alberta afirma que seis alternativas adicionales cumplirán con los objetivos de California.⁶⁷

Excepción. Si Canadá tiene éxito en dar un trato menos favorable, entonces Estados Unidos no sería capaz de invocar la excepción de servicios exclusivos para las medidas necesarias para el cumplimiento de una medida consistente del *TLCAN*. La medida que está siendo defendida debe hacer valer otra ley, no a sí misma. El *LCFS* de California está autorizado por la legislación estatal, pero no refuerza alguna otra medida consistente del *TLCAN*, como lo requiere la excepción.⁶⁸ Además, la medida no cumple con el consistente de la prueba del tratado si es el objeto de la disputa del *TLCAN*.⁶⁹

Existe un artículo más del *TLCAN* acerca de las excepciones que merecen ser mencionadas, ya que son controversiales en Canadá. Una coalición de abogados del medio ambiente está solicitando al gobierno canadiense que ponga una prohibición en la extracción de petróleo de arenas de brea y que detenga las exportaciones al mercado de Estados Unidos.⁷⁰ El artículo 605 del *TLCAN* dice que las partes del tratado no pueden usar la excepción del *GATT* para conservar los recursos naturales no renovables –artículo XX(g)– para defender una medida que reduce las exportaciones o que cambie la proporción de exportación entre “los productos específicos de energía” (por ejemplo, bitu-

⁶⁶ Natural Resources Canada, carta, p. 2, ¶1.

⁶⁷ Carta de Energía de Alberta.

⁶⁸ *TLCAN* art. 2101(1)-(2).

⁶⁹ Véase Panel *TLCAN-Cross-Border Trucking*, ¶ 269.

⁷⁰ Una coalición de organizaciones de Canadá está realizando una campaña para modificar el *TLCAN* para eliminar el art. 605. La coalición incluye: Canadian Centre for Policy Alternatives, Congreso Canadiense del Trabajo, Unión Canadiense de Trabajadores de Correos, Comunicaciones, Energía y el Papel, el Consejo de Canadienses, Le collectif national methanier au parada, *KAIROS*-Canadian Ecumenical Justice Initiatives, Parkland Instituto Polaris Instituto y el Instituto Rideau. Polaris Institute (2008). *A Message to Canada's Political Leaders: Stop Ducking Obama's NAFTA Challenge*. Consultado el 20 de mayo de 2009 de Polaris Institute Web site: http://www.polarisintitute.org/a_message_to_canada_s_political_leaders_stop_ducking_obamas_nafta_challenge.

men de arenas de brea *vs* crudo convencional).⁷¹ Conocido como la regla de “proporcionalidad”, el artículo 605 básicamente dice que Canadá no puede tratar de limitar las exportaciones de petróleo de arenas de brea y entonces usar la excepción para conservar los recursos para defenderse a sí misma en una disputa de comercio subsecuente en caso de que Estados Unidos dispute la medida. Conforme la industria de arenas de brea construye su infraestructura para una expansión de exportaciones de bitumen, el artículo 605 podría ser una restricción para la política federal ambiental de Canadá.⁷² Esto desactiva la excepción del *TLCAN* para el comercio de productos, pero no cambia el escenario para una disputa de servicios, simplemente porque no existe una excepción para desactivarla.

Para resumir, un panel del *TLCAN* puede reconocer que el *LCFS* de California sirve a un propósito reglamentario legítimo. Sin embargo, el artículo XX aplicaría un examen de “necesidad” para algunas excepciones en el *GATT* y el artículo XIV en el *GATS*. La *necesidad* es una excepción de mayor exigencia que la de medidas que se relacionan con la conservación de recursos no renovables. Esto significa que el *LCFS* de California se enfrentaría a una carga de prueba si Estados Unidos tuviera que defender una disputa de servicios del *TLCAN* comparable para productos de energía bajo una cláusula del *GATS* o del *TLCAN*.

Electricidad renovable de Canadá. Estados Unidos también es cliente de Canadá para la distribución de electricidad entre fronteras, 96 por ciento de la cual viene de grandes represas (mayores a los 30 megawatts).⁷³ Sin embargo, el

⁷¹ *TLCAN* art. 605 lecturas como una excepción a una excepción: “...una Parte podrá adoptar o mantener restricciones que estarían justificadas en virtud del artículo XI: 2 (a) o XX (g), (i) o (j) del *GATT* respecto a la exportación de una energía o petroquímicos básicos en el territorio de otra Parte, sólo si: (a) la restricción no reduce la proporción de los envíos totales de exportación de la energía específica o petroquímicos básicos a disposición de esa otra Parte en relación con [el](...) más reciente periodo de 36 meses para los que se dispone de datos(...) y (c) la restricción no requiere la interrupción de los canales normales de suministro(...) o las proporciones normales entre energía específica o de bienes petroquímicos básicos(...) como, por ejemplo, entre petróleo crudo y productos refinados y entre las diferentes categorías de petróleo crudo y de productos refinados.

⁷² Sin embargo, en el escenario para un reto de la política de gobierno de Estados Unidos el clima de Canadá es poco probable. Lo más probable es que los inversionistas de Canadá o Estados Unidos utilicen el capítulo 11 del *TLCAN* para impugnar la política climática en cualquier país que limita significativamente la carga o imponga requisitos de desempeño sobre el comercio de aceite de arenas bituminosas. En general, véase Laxer, Gordon and John Dillon (2008), “Over a Barrel: Exiting from *NAFTA*’s Proportionality Clause”, *Parkland Institute and Canadian Centre for Policy Alternatives*. Disponible en <http://www.ualberta.ca/PARKLAND/research/studies/OverABarel.pdf>.

⁷³ Department of Foreign Affairs and International Trade (*DFAIT*) (2007), *Canada’s International Market Access Report - Renewable Energy*. Disponible en <http://www.international.gc.ca/as->

uso de una gran cantidad de hidroelectricidad está excluida por los Estándares del Portafolio Renovable (*RPS*), que han sido adoptados por 28 Estados como una forma de estimular el desarrollo de recursos renovables. *RPS* obliga a las utilidades que compren un creciente porcentaje de su electricidad de fuentes renovables, incluyendo viento, solar, geotérmica, biomasa e hidroeléctrica en baja escala (menos de 30 megawatts).⁷⁴ El ministerio de comercio de Canadá argumenta que las leyes de *RPS* niegan un trato nacional.⁷⁵

Servicio igualitario. Canadá argumenta que la hidroelectricidad a gran escala es comparable con fuentes renovables similares que las leyes *RPS* favorecen. Existe un debate de mucho tiempo acerca de si la energía renovable y la no renovable son productos similares.⁷⁶ Sin embargo, es muy probable que una disputa canadiense de *RPS* provocara la comparación entre dos proveedores de servicios renovables; uno está incluido (hidroelectricidad en menor escala) y otro no (hidroelectricidad a gran escala).⁷⁷ En su defensa, Estados Unidos argumentaría que la hidroelectricidad a gran escala está excluida, ya que bloquea la migración del salmón, causa sedimentación, concentración de toxinas y, en algunos contextos boreales, incremento en emisiones *GHG*.⁷⁸

Trato menos favorable. Las leyes del *RPS* dan un trato menos favorable a la hidroelectricidad al excluirla del programa en su totalidad. En defensa de los programas *RPS*, éstos tratan a la hidroelectricidad de Estados Unidos igual que a la hidroelectricidad canadiense. Un panel del *TLCAN* puede aceptar el objetivo de proteger el hábitat del salmón, pero no aceptar la aplicación extraterritorial de ese objetivo.⁷⁹

sets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/ itc_marketaccess_eng_final.pdf (Revisado 20 de mayo, 2009).

⁷⁴Energy Efficiency and Renewable Energy (2007), *States with Renewable Portfolio Standards*. Consultado en mayo 20, 2009 from Department of Energy Web site: http://www.eere.energy.gov/states/maps/renewable_portfolio_states.cfm.

⁷⁵*DEAIT* (2007); *NAFTA* arts. 602:1 y 1205.

⁷⁶Howse y Bork (2006). También véase Hempling, Scott and Nancy Rader (2002), "Comments of the Union of Concerned Scientists to the Commission for Environmental Cooperation In response to its *NAFTA* Provisions and the Electricity Sector, Background Paper to its October 22, 2001, Working Paper Entitled "Environmental Challenges and Opportunities of the Evolving North American Electricity Market", Washington, DC.

⁷⁷Howse y van Bork (2006).

⁷⁸World Commission on Dams (2001), "Dams and Development: A New Framework for Decision-Making", *The Report of the World Commission on Dams*, London, Earthscan Publications Ltd.

⁷⁹Howse y van Bork (2006).

Excepción. Si Canadá presenta el argumento de trato nacional, Estados Unidos no sería capaz de invocar una excepción. Los programas *RPS* no hacen cumplir otra medida consistente con el *TLCAN*, como lo requiere la excepción.⁸⁰

Principios generales y metas para la reforma

Esta breve revisión muestra que el *TLCAN* retiene el poder de restringir las políticas públicas en los sectores de servicio distintos al transporte en camiones, notablemente el suministro entre fronteras de combustibles de transporte y electricidad.

El principio general para la reforma es preservar el espacio de política, especialmente para las medidas que evolucionan más allá del *statu quo* de 1994, cuando el *TLCAN* entro en vigor. Específicamente, el *TLCAN* no provee excepciones paralelas (comparado con los productos) para las medidas que se relacionan con los servicios entre fronteras. En ausencia de excepciones paralelas, una disputa de comercio basada en los capítulos de servicios puede minar las excepciones para las medidas que regulan los productos.

Instrumentos para la reforma

La ausencia de excepciones de salud o recursos para los capítulos de servicios del *TLCAN* es un problema estructural; requeriría de renegociación del *TLCAN* en uno de estos formatos:

- Excepciones para el comercio en los servicios. Para las medidas que regulan los servicios, el *TLCAN* podría proveer las excepciones que son paralelas a las que provee para el comercio en productos de acuerdo con el artículo XX del *GATT*, incluyendo las medidas necesarias para proteger la moral pública, la vida y la salud, y conservación de recursos no renovables.
- Exclusión de medidas de acuerdo con el Anexo II. Estados Unidos no se negó la oportunidad de excluir (o reservar) energía a futuro, medidas del medio ambiente o del clima en el Anexo II. No es un accidente que las medidas de energía que dan lugar a la controversia del *TLCAN* surjan de políticas nuevas y experimentales a nivel estatal. En 1993, los negociadores del *TLCAN* no completaron la estructura de exclusiones

⁸⁰ *NAFTA* art. 2101(1)-(2).

que el *PROFESO* autoriza para las medidas estatales y provinciales a futuro. Al ser confrontados con la resistencia política de algunas de las provincias y demasiadas exclusiones propuestas de algunos estados, los negociadores simplemente se dieron por vencidos.⁸¹ Además, adicionalmente a las medidas estatales y provinciales, en el *postTLCAN*, el programa de Estados Unidos para el Anexo II produce medidas de cobertura por reglas de acceso al mercado, al grado que la medida no está cubierta por el programa de Estados Unidos de compromisos del *GATS*.⁸² Esas medidas pueden ser ampliadas de forma que plantearían: “Estados Unidos se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que sea consistente con las obligaciones de Estados Unidos bajo el Tratado General sobre el Comercio en Servicios”. Este lenguaje más amplio sincronizaría al *TLCAN* y al *GATS* con respecto a un trato nacional.

Otra forma de negociar una excepción es agregando un acuerdo sobre el medio ambiente al Anexo 104.1. Sin embargo, la excepción estaría limitada por un examen de necesidad que requiere medidas de aplicación como la alternativa menos restrictiva.⁸³ Por otro lado, la regla de proporcionalidad del *TLCAN* de acuerdo con el artículo 605 no aplicaría a las medidas que hacen valer un acuerdo del medio ambiente.⁸⁴

La última opción muestra qué tan miope es el *TLCAN*: en su inicio en 1994, el tratado buscaba preservar espacio en la política para instrumentar los acuerdos del medio ambiente más prominentes del día. Ni la Convención sobre Estructura de la *ONU* sobre el Cambio Climático ni el Protocolo de Kyoto existían cuando el *TLCAN* fue escrito en 1994.

⁸¹ *Inside U.S. Trade* (1996); Schaefer (1997); McIlroy (1997).

⁸² La exclusión se lee: “Los Estados Unidos se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea incompatible con las obligaciones de Estados Unidos en virtud del artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios”. Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (*USTR*). Perú *TPA* Texto Final. Consultado el 9 de agosto de 2009, de *USTR* Web site: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text, Annex II, U.S. Schedule>.

⁸³ Para una interpretación restrictiva de la excepción del *TLCAN* en que figuran los acuerdos ambientales en el contexto de una controversia en materia de inversión bajo el capítulo 11, véase el *SD Myers*, ¶¶ 210-215, 298 (derechos de los inversores de Canadá para el tratamiento de residuos peligrosos (*PCB*) en Canadá, aunque el Convenio de Basilea insta a los países para evitar el traslado transfronterizo de residuos peligrosos).

⁸⁴ *TLCAN* art. 104 provee de una excepción para medidas necesarias para los acuerdos ambientales; *TLCAN* art. 605 turns off exceptions under *GATT* arts. XX and XI, but not measures excepted under art. 104.

El *TLCAN* provee mecanismos para preservar el espacio político al generar nuevos acuerdos y pólizas sobre el medio ambiente conforme van surgiendo. Pero la lección del *TLCAN* es que para cuando surge una nueva política, las líneas de conflicto para el comercio ya están trazadas. La lección realista es *arreglar* las fallas del *TLCAN* (palabras de Obama como candidato) al no repetir las en futuros tratados.⁸⁵

Tratados de comercio a futuro deben tratar los productos y servicios como los sectores paralelos que son, con excepciones paralelas para los objetivos de política legítimos. Estados Unidos también debe aprender de sus vecinos y crear sectores donde la política requiera de experimentos para evolucionar.

⁸⁵ Ohio Conference on Fair Trade (2008).

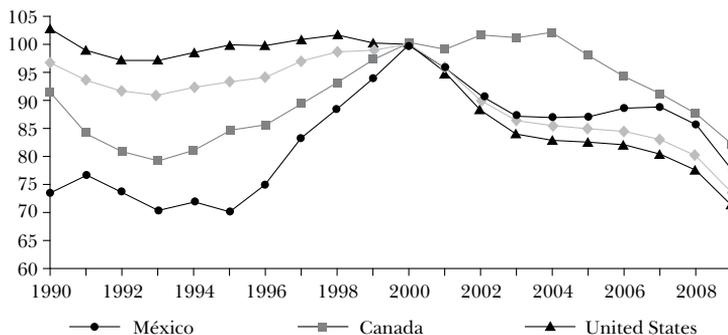
Competitividad en la manufactura: hacia una agenda de desarrollo regional

Enrique Dussel Peters

Una de las metas del gobierno mexicano al firmar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*TLCAN*) fue expandir su sector de manufactura al estimular las exportaciones. En los primeros años, luego de la instrumentación, México tuvo éxito atrayendo la inversión extranjera e incrementando las exportaciones de manufactura, con una notable expansión en los sectores automotriz, del vestido y de electrónica, entre otros. Aun así, este aparente éxito enmascara debilidades fundamentales, ya que los tres países del *TLCAN* han estado perdiendo su habilidad de competir en la manufactura en el mercado global. Esto sugiere la necesidad de una respuesta regional más proactiva y de largo plazo.

Gráfica 1

EMPLEO DE MANUFACTURA, REGIÓN-TLCAN: 1990-2009/03 (2000=100)¹



¹ La fuente de la tabla es: U.S. Department of Labor; Statistics Canada (*CANSIM*) and Secretaría del Trabajo y Previsión Social (México).

Aun antes de la reciente crisis financiera y económica global,² los sectores de la manufactura en la región del *TLCAN* se hallaban bajo presiones extremas similares. La porción de manufactura en términos del *PIB* y empleo ha estado cayendo en los tres países del *TLCAN*, particularmente desde el 2000 (ver la gráfica 1). Contrario al periodo 1994-2000, que vio un incremento en la integración regional en un mercado global altamente competitivo, entre 2000 y 2009 (marzo) la región del *TLCAN* perdió 6.3 millones de empleos en la manufactura, o 27 por ciento del empleo total en el sector.³

Esto sugiere que en general, y en particular desde 2000, el proceso de integración regional se ha deteriorado; de hecho, un proceso de desintegración que va en aumento se ha estado llevando a cabo desde entonces. Estas tendencias sólo se han empeorado desde la segunda mitad de 2008 con la crisis global. En años recientes, la integración original del *TLCAN* entre los países miembros ha dado lugar a una agenda que se enfoca en temas de seguridad, con poca atención a la infraestructura socioeconómica y otros temas de desarrollo regional.

La manufactura tiene una relevancia particular para las discusiones tanto regionales como específicas del *TLCAN* y de acuerdo con una gran variedad de modelos y debates.⁴ Este breve análisis está dividido en tres partes. Inicia con una breve descripción de las condiciones actuales del sector manufacturero de México; después se discuten los principios y metas generales para una agenda hacia la competitividad y desarrollo en la región del *TLCAN*; la sección final propone instrumentos específicos y políticas para lograr esas metas.

Condiciones actuales en el sector manufacturero de México

La economía de México se ha enfrentado con limitaciones severas para el crecimiento desde los ochenta, tanto en comparación con su propia experiencia histórica en el periodo de 1940-1970, así como en una comparación internacional. De 1980 a 2007, por ejemplo, la tasa de crecimiento *per cápita*

²Sin embargo, la actual crisis global es también regional, los temas del *TLCAN*, para los tres países tienen particular interés ya que han impactado en el empleo y la manufactura, más que a otras naciones de Asia y Europa, por ejemplo.

³En el periodo 1994-2000 los tres países aumentaron el empleo en manufactura en 8.4 por ciento en la región: 1.4 por ciento en EU, 23.4 por ciento en Canadá y 39.2 por ciento en México.

⁴Para una revisión más amplia, ver: United States International Trade Commission (*USITC*) (1992). *Economy-wide modeling of the economic implications of a FTA with Mexico and a NAFTA with Canada and Mexico. Report 332-316*. Washington: D.C.: *USITC*.

del *PIB* de México fue de una décima parte del de China. La manufactura, más que cualquier otro sector, ha experimentado los impactos de estas limitantes de crecimiento. Cuatro temas claves sobresalen conforme nosotros buscamos entender las condiciones actuales del sector manufacturero de México.⁵

Manufactura en descenso

Primero, el porcentaje de manufactura de México en el *PIB* ha caído constantemente desde el final de los ochenta en México, de los niveles arriba de 23 por ciento a niveles por debajo de 19 por ciento en el último cuatrimestre de 2008 (y desde 2001). En términos de empleo formal permanente, las condiciones han sido aún más duras: desde 1994 a marzo de 2009, el porcentaje de manufactura en el total de empleo formal y permanente cayó de 33 a 26 por ciento. Desde su punto más alto en octubre de 2000, el sector perdió 1.04 millones de empleos permanentes (25 por ciento) a lo largo de 2009. En la reciente crisis económica, la manufactura fue golpeada muy duro: sufrió 59 por ciento de la pérdida de empleo total de octubre 2008 a marzo 2009.

Integración debilitante

Segundo, el proceso de integración dentro de *TLCAN*, y concretamente entre México y Estados Unidos, ha quedado debilitado continuamente desde 2000. Desde una perspectiva mexicana, el porcentaje de comercio con Estados Unidos cayó de niveles por encima de 86 por ciento en los noventa, a 73 por ciento en 2008. En la manufactura, la caída ha sido más sustancial: el porcentaje de México de las importaciones de manufactura de Estados Unidos cayó de niveles por encima de 80 por ciento en los noventa a 45 por ciento en noviembre de 2008. Similarmente, como lo midió el Índice Grubel-Lloyd, que calcula el porcentaje de comercio que se encuentra dentro de las industrias, comercio intraindustrial (en el nivel de cuatro dígitos del Sistema de Tarifa Armonizada), alcanzó su nivel más alto en 1998 con 48 por ciento y cayó desde entonces a niveles por debajo de 43 por ciento. Esta tendencia es un claro indicador de una integración económica en declive entre México y Estados Unidos.

⁵Para un análisis completo, ver: Dussel, Enrique (2009). “La manufactura Mexicana: ¿opciones de recuperación?”, *Monitor de la Manufactura Mexicana: proyecto conjunto de la UNAM y Canacindra*, México, City, Facultad de Economía de UNAM. Disponible en: <http://www.dusselpeters.com/40.pdf>.

Dependencia de Estados Unidos

Tercero, estas tendencias han sido evidentes en las cadenas de valor que son de una importancia regional particular (hilo-textil-confección, electrónica y autopartes-automóviles). La crisis global actual ha tenido un costo importante sobre estas industrias. En automóviles, por ejemplo, es muy posible que sólo una o dos de las tres grandes compañías automotrices de Estados Unidos, *GM*, Chrysler y Ford, sobrevivan a la crisis. La industria de autopartes-automotriz de México depende mucho de estas firmas, ya que éstas suman casi 60 por ciento del total de la producción de autopartes y automóviles.

Nueva competitividad

Finalmente, vale la pena recordar que durante el periodo 1994-2000, la aplicación del *TLCAN* ayudó a las industrias de autopartes, automóviles, electrónica e industrias del hilo-textil-confección a reestructurarse. Tanto en Estados Unidos como en México, esta integración incrementada contribuyó a una nueva competitividad en América del Norte para competir mejor con Asia.

Causas y efectos

Diversos factores contribuyeron a estas tendencias. El *TLCAN* hizo que la industria automotriz, de la electrónica y del vestido fueran más dinámicas. Aun así, el dinamismo quedó separado de la economía general, ya que las firmas en este sector tenían la tendencia a ignorar a México como fuente de ingresos o mercados, prefiriendo importar la mayoría de sus insumos y exportar la mayoría de su producción. Por lo tanto, mucho del sector de manufactura doméstica de México quedó minado. Éste fue el resultado de ciertos programas referenciales en México que favorecían la importación de insumos, una tasa de cambio persistentemente sobrevaluada debido a la política monetaria estrecha de México y bajos aranceles bajo el *TLCAN*. La instrumentación del *TLCAN* y las reglas sobre la propiedad intelectual también hicieron que fuera difícil perseguir políticas similares a las del este de Asia para aumentar la competitividad industrial (a pesar de que no está claro que el gobierno mexicano hubiera usado tales políticas si hubieran tenido el espacio para hacerlo).

La incorporación de China al *WTO* acentuó estas dificultades. La tasa de cambio de México se volvió aún más sobrevaluada en relación con la de los competidores (China) en el mercado de Estados Unidos. Estos factores, adicionalmente a la preferencia de las importaciones en los programas nacionales

y en el *TLCAN*, hicieron que las importaciones fueran más importantes. Aún más significativo fue que los sectores que experimentaron dinamismo desde 1994 a 2000 comenzaron a perder competitividad en el mercado de Estados Unidos con respecto a China.⁶

Los sectores de la manufactura en los tres países del *TLCAN* se encuentran en una crisis muy profunda, una crisis que ha estado creciendo desde finales de los noventa. Lo que preocupa más que el estado a corto plazo es el estado a mediano y largo plazos del sector en términos de su competitividad en México y en el mercado de Estados Unidos, particularmente en comparación con China y el resto de Asia.

Los principios generales para la agenda de competitividad y desarrollo en la región del *TLCAN*

Para hacer frente a estos retos, México, Canadá y Estados Unidos deben iniciar una nueva estructura, ya sea dentro del *TLCAN* o más allá, para permitir una nueva agenda de desarrollo para mejorar la competitividad regional, con un énfasis en el sector de manufactura de la región. Con esta meta en mente, los líderes regionales necesitan unirse para tratar varios temas específicos:

1. El débil dinamismo interno de la región desde 2000 en términos de la integración socioeconómica general, incluyendo comercio, inversiones, migración y patrones regionales dentro de los tres países del *TLCAN*.
2. Los retos que enfrentan las cadenas de valores prioritarios como la energía, hilo-textil-confección, electrónica, infraestructura, telecomunicaciones, transporte, agricultura, automóvil-autopartes y el sector financiero y bancario, entre otras.
3. El sector de prioridad de cada país, que varía significativamente. Desde una perspectiva mexicana, por ejemplo, temas como la agricultura, transporte y migración son críticos.

⁶Para una mayor comprensión de estos factores, ver los siguientes libros de mi autoría o coordinación: Ruiz Durán, Clemente y Enrique Dussel Peters (1999), *Dinámica regional y competitividad industrial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; Fernando Díaz (2001), *Claroscuro: integración exitosa de las pequeñas y medianas empresas en México*, Enrique Dussel Peters (ed.), Ciudad de México: *Canacindra-JUS-CEPAL*; Enrique Dussel (2000), *Polarizing Mexico: The Impact of Liberalization Strategy*, Boulder, CO, Lynne Rienner Publishers; and Dussel Peters, Enrique (ed.) (2007), *Oportunidades en la relación económica y comercial entre China y México*, *CEPAL*.

4. La competitividad de los tres países con otras regiones y específicamente con Asia y China. Los tres países de *TLCAN* hoy tienen retos socioeconómicos similares con Asia y en particular con China, no sólo en términos de incrementar el comercio y la inversión con Asia, sino también con respecto a déficit de cuentas actuales. Por lo tanto, los países del *TLCAN* deben imaginar una nueva relación regional de América del Norte con Asia y China.

Instrumentos y políticas específicos

La estructura general para los instrumentos y políticas desde una perspectiva regional y del *TLCAN* debe aceptar el legado del *TLCAN* y enfocarse en la necesidad de actualizar, reestructurar o ir más allá del tratado luego de 15 años. Adicionalmente a la creación del espacio de la política bajo la inversión, propiedad intelectual y otras fracciones del *TLCAN* mismo, discutidas en este reporte, esto es, una propuesta para una nueva agenda de integración y desarrollo en la región del tratado. Dentro de esta estructura de trabajo, temas socioeconómicos y el tema de la competitividad de la manufactura son de crítica importancia y deben ser considerados en el contexto del primer periodo del *TLCAN* (1994-2000) en el cual las cadenas de valor específico sobrevivieron y se reestructuraron por medio del tratado.

Con este espíritu general en mente, “la agenda de Desarrollo y Competitividad para el sector de Manufactura del *TLCAN*” debe incluir al menos las siguientes políticas, cláusulas e instrumentos:

Comisión de Desarrollo del TLCAN

Los tres países del *TLCAN* deben involucrarse en negociaciones para establecer una Comisión de Desarrollo que defina la profundidad y alcance de las reformas específicas del tratado, de manera muy similar a lo que los países negociaron entre 1991 y 1993. Esta comisión del *TLCAN* debe, en un par de semanas, subrayar el futuro de reformas regionales y delegar la mayoría de las políticas concretas y las cláusulas para el futuro de la agenda de desarrollo a varios subcomités. La comisión debe incluir no sólo a los oficiales de los sectores privado y público, sino que también a las organizaciones no gubernamentales, académicos y expertos en las áreas correspondientes.

Uno de los subcomités deberá encargarse de la agenda competitiva de manufactura en la región del *TLCAN* al crear paneles para las cadenas de valor prioritario, como se discutió más arriba, por ejemplo en hilo-textil-confección,

electrónica, infraestructura, telecomunicaciones, transporte, agricultura, automóviles-autopartes y los sectores financiero y bancario. Otro panel debe discutir de manera específica la nueva relación que se propone con Asia y en particular con China.

Evaluación de las reglas de origen

Uno de los resultados principales de la integración regional durante 1991-1993 fueron las reglas de origen, *i.e.* el valor agregado que fue creado en la región del *TLCAN* para que el producto fuera considerado proveniente de la región. Se requiere una estricta evaluación de las reglas de origen en la manufactura. Esto debe considerar incrementos o decrementos en los niveles de negociación en la estructura legal actual del *TLCAN*, por ejemplo, en el sector automotriz las reglas de origen han sido importantes para el desarrollo regional, pero esos niveles de negociación son ahora ignorados de manera rutinaria.

“Compre norteamericano”

Similarmente, los tres países se han involucrado en programas formales e informales de “Compre Americano, Compre Canadiense y Compre Mexicano” durante la crisis económica actual. Desde una perspectiva regional, un programa de “Compre norteamericano” podría responder mejor a un reto regional y agilizar la competitividad también regional.

Financiamiento de desarrollo

Una de las debilidades principales de la estructura del *TLCAN* fue su falta de financiamiento para el desarrollo regional. Las propuestas originales de *Nadbank* solicitaban un banco de desarrollo regional que pudiera atender las asimetrías entre los países del tratado y financiar proyectos de integración regional.

La institución aún existe, pero su mandato ha quedado significativamente reducido. Debe ser revitalizado y recapitalizado, como otros lo han propuesto. Parte de este mandato ampliado debe incluir la estimulación de la competitividad en la manufactura de América del Norte mediante apoyos a las pequeñas y medianas industrias, financiamiento a proyectos de empresa conjunta, financiamiento para transferencia tecnológica, promoción de exportación y expansión del mercado doméstico, investigación y desarrollo, innovación, así como proyectos de infraestructura pública.

Los tres países del *TLCAN* se enfrentan a asuntos de competencia en sus sectores de manufactura. Si alguno de ellos va a surgir de la crisis económica actual con una base de manufactura fuerte, juntos van a necesitar diseñar una estrategia de desarrollo regional que pueda restablecer la competitividad del sector en mercados globales que ahora son muy distintos de lo que fueron cuando se negoció el *TLCAN*. Es hora de una nueva fase de cooperación regional para lograr un sector más competitivo, que es vital para el futuro de los tres países.

Reformando las cláusulas agrícolas del *TLCAN*

Timothy A. Wise

Las cláusulas agrícolas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*TLCAN*) siempre han sido controversiales, particularmente para la gente en México. Las ventajas comparativas basadas en su geografía al proveer frutas y vegetales fuera de temporada a un mercado estadounidense hambriento eran innegables. Igualmente innegables fueron los riesgos para la vasta población de agricultores de pequeña escala, muchos de los cuales se apoyaban en cosechas que competían con las importaciones de Estados Unidos propuestas para desregulación.

La desregulación del *TLCAN* para el comercio agrícola produjo los resultados esperados, con los cultivos básicos y las carnes fluyendo al sur y las frutas y vegetales fluyendo al norte. Los problemas se relacionan con las consecuencias sociales y del medio ambiente de fallas de mercado que plagan el sector y de asimetrías entre los socios comerciantes, que son particularmente agudas en la agricultura. El *TLCAN* debe ser reformado para garantizar un plan más sustentable y equitativo para la integración agrícola.

La necesidad de reforma

El maíz es emblemático de los problemas del *TLCAN*. En México el maíz es producido por una amplia gama de agricultores, incluyendo una pequeña cantidad de granjas industrializadas de alto rendimiento y unos tres millones de pequeños propietarios que emplean un amplio rango de prácticas agrícolas y que generalmente obtienen cultivos de un tercio o menos de lo que se obtiene en Estados Unidos. Agreguemos esto a una ya basta asimetría en el momento de la instrumentación del *TLCAN*, los altos niveles de subsi-

dios de Estados Unidos para el maíz y el compromiso del gobierno de México para reducir su propio sistema extensivo de apoyo. Cuando el gobierno mexicano de manera unilateral desreguló el mercado del maíz, unos 14 años antes de lo que programó el *TLCAN* para la transición, el maíz inundó el mercado mexicano. Desde entonces más de dos millones de personas han dejado la agricultura, una caída de más de 25 por ciento.¹ Con la generación de empleo limitada en otras partes de la economía, muchos se han unido al creciente flujo de trabajadores migrantes.²

Los resultados del flujo de comercio de las cláusulas agrícolas del *TLCAN* han sido totalmente predecibles y acelerados por la desregulación unilateral de la mayoría de los cultivos por parte de México:

- El incremento en exportaciones por parte de los productores mexicanos para las frutas y vegetales a Estados Unidos. Las exportaciones vinieron en su mayoría de una pequeña cantidad de estados con agricultura altamente industrializada y una infraestructura relativamente desarrollada. A pesar de que hubo un incremento en el empleo, los nuevos empleos se hallaron limitados a estos sistemas de producción intensiva de capital, excepto por un alza en el empleo estacional, que fue satisfecha por migrantes de otras partes de México.
- Los productores de Estados Unidos vieron una pérdida en el mercado en estos sectores, a pesar de que los impactos se limitaron debido a su naturaleza estacional, la mayoría de la producción mexicana y las restricciones en las importaciones durante la temporada de cultivo de Estados Unidos (los impactos se limitaron para el azúcar debido a una larga disputa sobre el tratamiento de las exportaciones de endulzantes del maíz producido en Estados Unidos).
- Los productores de Estados Unidos vieron un incremento en las exportaciones de maíz, soya, carnes y una variedad de productos básicos.
- Los productores mexicanos de esos mismos productos vieron que los precios caían considerablemente (50 por ciento en términos reales para el maíz) con una dramática alza en las importaciones. A pesar de que las familias vulnerables no abandonaron sus granjas, muchos entraron o aumentaron su participación en la migración de trabajadores, ya fuera

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo trimestral. Indicadores estratégicos. Población ocupada por sector de actividad económica. Consultado 5 de agosto, 2009.

² Polaski, S. (2006), *The Employment Consequences of NAFTA*, Testimony Submitted to the Senate Subcommittee on International Trade of the Committee of Finance, Carnegie Endowment for International Peace. Disponible en: <http://www.carnegieendowment.org/files/naftawrittentestimony.pdf>.

de manera temporal dentro de México, de manera permanente a centros de México como áreas turísticas, o permanentemente a Estados Unidos.

Por lo tanto, la necesidad principal de reformar las cláusulas agrícolas del *TLCAN* se encuentra arraigada en la distancia entre Estados Unidos y México con respecto a cultivos básicos claves. El gobierno de México no aprovechó el periodo de transición incluido en el programa de desregulación del *TLCAN* para mejorar la competitividad de la mayoría de los productores; sin embargo, los agricultores más industrializados recibieron algo de ayuda. Los programas de inversión para los proyectos que aumentan la producción, tales como la irrigación, nunca se materializaron, en parte debido a que la crisis financiera de México al inicio del *TLCAN* y su rescate bancario drenaron las ofertas públicas. Pero vale la pena mencionar aquí que un periodo de transición más sensible y más altos niveles de inversión pública no hubieran atendido las asimetrías entre el sector de productos comestibles básicos en México y Estados Unidos.

Es urgente atender estos problemas porque la creación de empleos en México ha sido una desilusión, la pobreza sigue muy alta, particularmente en las áreas rurales, alimentando el flujo migratorio a Estados Unidos. La dependencia de alimentos de México ha crecido dramáticamente bajo el *TLCAN*, así como la crisis de alimentos, lo que dio lugar a disturbios y protestas sobre la tortilla; destaca la falacia de que México podría contar con Estados Unidos como proveedor de alimentos baratos. Finalmente, los regímenes regulatorios débiles han contribuido a repetidos temas de seguridad de alimentos en cadenas de suministro altamente integradas, dando muy poca visión del mercado para prevenir prácticas de negocios anticompetitivas.

Principios generales y metas para la reforma

El objetivo principal de las reformas a las cláusulas agrícolas del *TLCAN* es atender las continuas asimetrías entre los sistemas agrícolas de México y los de sus contrapartes del tratado y restaurar la flexibilidad de la política pública, principalmente la de México, para permitir que el gobierno atienda dichas asimetrías y las muchas distorsiones del mercado que afectan al comercio agrícola. Medidas exitosas deben llevar a una mejora en la seguridad alimentaria, una disminución en la pobreza rural, reducciones en migración rural, más atención en los impactos al medio ambiente, del comercio agrícola, y una disminución en la distancia entre México y sus socios de comercio agrícola.

Las medidas de reforma principalmente involucran concesiones de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá. Lo que obtienen a cambio es la prosperidad económica a largo plazo de uno de sus socios de comercio más importantes, prosperidad que llevará a un incremento en el comercio de productos, reducciones en la exportación de gente de México y probablemente reducciones en el descontento social y las actividades de comercio ilegal.

Instrumento, políticas y cláusulas recomendados

Las reformas necesarias para lograr estas metas son relativamente directas, pero requieren de voluntad política, medidas especiales, particularmente en México, para ejecutarse. Hasta el momento, ha faltado dicha voluntad política. Por ejemplo, existen pasos que el gobierno mexicano podría tomar sin cambiar la sustancia del *TLCAN*, para dar mejor protección y desarrollo al sector de pequeños productores, particularmente con respecto al maíz. México puede:

- Justificar la imposición de aranceles protectores como medida contrarrestante para los altos subsidios agrícolas de Estados Unidos.
- Expandir el apoyo de su propio gobierno a los pequeños productores, ya que los subsidios no están restringidos en el *TLCAN* y los niveles de apoyo actuales de México permanecen miles de millones de dólares por debajo del límite permitido para el país de acuerdo con el *WTO*.
- Usar su participación en el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad para restringir las importaciones de Estados Unidos, debido a que contienen grandes cantidades de maíz genéticamente modificado y Cartagena reconoce el principio de precaución.
- Buscar las restricciones de exportaciones voluntarias de Estados Unidos para productos sensibles, tales como el maíz blanco y el frijol.³

Reformas a profundidad

Para atender las asimetrías continuas y la necesidad de seguridad para la comida y el trabajo en México, se requeriría de reformas más extensivas al *TLCAN*.

³Para una discusión más amplia sobre estas opciones, véase: Timothy A. Wise (2007), "Policy Space for Mexican Maize: Protecting Agro-biodiversity by Promoting Rural Livelihoods", *Global Development And Environment (GDAE) Working Paper No. 07-01* (February). Disponible en: http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/MexicanMaize.html.

Solicitar préstamos del Doha Round: los países que conforman el *TLCAN* podrían incorporar en los conceptos del tratado que ahora están siendo desarrollados en el Doha Round de las negociaciones *WTO*: trato especial y diferenciado (*SDT*), productos especiales (*SP*) y mecanismos de salvaguardas especiales (*SSM*). El concepto de *SDT* reconoce las asimetrías en el desarrollo entre los socios del comercio. El *TLCAN* incorporó algunas medidas de *SDT*, y muchas de ellas en la agricultura, tales como los periodos de transición para cultivos sensibles, no fueron implementadas. Las asimetrías permanecen, y son particularmente notables en la agricultura. *SDT* puede establecerse de manera concreta en las cláusulas agrícolas por medio de:

Productos especiales

En las negociaciones de Doha, éstos se definen como cultivos de particular importancia para la seguridad de la comida, el trabajo o el desarrollo rural. En el *WTO*, mucho trabajo se ha realizado para definir el criterio que un país debe tener para justificar la declaración de un cultivo como producto especial. Las propuestas actuales piden que le sea otorgado a los países en desarrollo el derecho de declarar hasta 12 por ciento de sus líneas de arancel agrícola como productos especiales. Muchos de los cultivos sensibles a la importación, de pequeños productores de México, claramente cumplirían con este criterio, principalmente el maíz y el frijol, productos básicos de la dieta mexicana. Los grupos agrícolas han ofrecido una lista mínima de seis productos (maíz, frijol, leche, café, azúcar y carnes) para el estatus de *SP* en el *WTO*. Éstos y otros cinco (trigo, sorgo, arroz, huevo y pescado) están incluidos en la Ley de Desarrollo Rural Sustentable de México como productos agrícolas para los que México debe solicitar al *WTO* el estatus de *SP*. Todos exceptuando el café, son productos sensibles de importación en el comercio de América del Norte. Debido a que el *TLCAN* tiene mayor autoridad que el *WTO*, las exenciones de *SP* en el *WTO* carecerían de significado para México. Estableciendo una categoría de productos especiales dentro del *TLCAN*, con un criterio claro y acordado para su uso consistente con las disciplinas emergentes del *WTO*, por sí misma atendería muchas de las preocupaciones sobre el impacto del *TLCAN* en la agricultura. El *TLC* de Estados Unidos-Corea ofrece un precedente para el trato flexible, ya que excluye al arroz de la desregulación.

Mecanismos de salvaguardas especiales

El *TLCAN* incluyó una medida de salvaguardas de emergencia congruente con el principio de que a los países en desarrollo les sea permitido proteger a sus

productores de alzas inesperadas en las importaciones. La cláusula del *TLCAN* expiró con el cumplimiento de la fase final de protección en el periodo de transición. Esto necesita ser corregido y hacerse de manera más oportuna y efectiva para la parte afectada por el incremento inesperado en importaciones, en línea con la propuesta G33 en el *WTO*.

Aprender de la integración europea

Otros en este proyecto hacen referencia a la necesidad de inversión pública dirigida principalmente a México para atenuar la asimetría en el desarrollo, así como con el Banco de Desarrollo de Norte América (*Nadbank*) con un mandato y presupuesto expandidos. Tal inversión pública norte-sur ciertamente sirvió para la Unión Europea en sus esfuerzos para integrar socios de comercio dispares. Como muchos lo han señalado, las disparidades son mucho más grandes en América del Norte. Los fondos del *Nadbank* han sido minúsculos en comparación con los fondos de integración de Estados Unidos. Tales fondos serían críticos para atender las asimetrías en el desarrollo de la agricultura. Los investigadores mexicanos han mostrado que México podría más que duplicar la producción de maíz del país haciendo uso de tecnologías existentes si hubiera inversionistas públicos en infraestructura de comunicaciones, irrigación, crédito y extensión agrícola. Aún más importante es que las áreas ricas en agua donde tales inversiones tendrían mayor justificación, debido a que atenuarían las fallas persistentes del mercado en el sector, se encuentran en las partes relativamente subdesarrolladas del sur de México.⁴ Tales inversiones para la reducción de la pobreza se encuentran más allá de los recursos del gobierno mexicano por sí solo.

Atender las externalidades del medio ambiente

Las externalidades del medio ambiente abundan en la agricultura. Cuando sistemas altamente industrializados, de alto nivel de insumos agrícolas, con muchas externalidades negativas, entran en competencia directa por medio del comercio con sistemas de bajo nivel de insumos y con sus externalidades positivas, el efecto es lo que ha sido llamada “la globalización de la falla del mercado”.⁵ El manejo del comercio agrícola necesita tomar tales externali-

⁴Turrent Fernández, Antonio (2009), “Potencial productivo de maíz en México”, *La Jornada del Campo* (13 de enero). Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2009/01/13/iluminaciones.html>.

⁵Boyce, James K. (1999), *The Globalization of Market Failure? International Trade and Sustainable Agriculture*, Amherst, MA, Political Economy Research Institute (*PERI*) at the University of Massachusetts, Amherst.

dades en cuenta, reconociendo, por ejemplo, que el precio del maíz químicamente intensivo no refleja su verdadero costo, tampoco se ve reflejado en su precio de mercado el valor verdadero del maíz nativo mexicano que está siendo desplazado.⁶ Es poco probable que tales costos y valores sean incorporados muy pronto en el mecanismo de precios basado en el mercado. Será importante instrumentar planes de pago para los de servicios del medio ambiente, respaldados por fondos públicos.

Proteger la biodiversidad del maíz

Se deben tomar medidas especiales para proteger la biodiversidad del maíz en México, origen de este importante cultivo global. El tema del maíz genéticamente modificado es de importancia particular y subraya tanto la promesa como la falla del régimen del medio ambiente del *TLCAN*. Por medio de un modelo y proceso de inclusión de la demanda ciudadana, el *CEC* comisionó un estudio de alto nivel de la contaminación *GM*, que fue documentada en principio en Oaxaca. El estudio de amplia cobertura y revisado por varios colegas fue completado en 2003, probablemente aún represente la investigación más exhaustiva en cuanto al flujo de genes transgénicos. Los resultados incluían la clara recomendación de que hacía falta más precaución, particularmente en la importación de maíz *GM* en su estado de grano proveniente de Estados Unidos, la fuente más probable de la contaminación.⁷ No sólo fue reprimido este estudio debido a la oposición de los tres gobiernos (los estudios aún no han sido publicados en forma de libro), sino que las recomendaciones de la comisión sobre el medio ambiente del *TLCAN* han sido ignoradas. Claramente, las instituciones del medio ambiente del *TLCAN* necesitan más fuerza como otros especialistas lo han detallado.

También hacen falta reformas relacionadas con las reglas de la propiedad intelectual. Un tratado reformado debe permitirle a las partes que excluyan a los organismos vivientes de ser patentados, y permitir sistemas *sui generis* para proteger las variedades de plantas nativas, así como un requerimiento de divulgación de los recursos de material genético utilizado en nuevos inventos y seguir el más alto estándar para el consentimiento y compartición de

⁶Nadal, Alejandro y Timothy A. Wise (2004), "The Environmental Costs of Agricultural Trade Liberalization: Mexico-U.S. Maize Trade Under *NAFTA*", *Working Group Discussion Paper DP04*, Medford, MA, Working Group on Development and Environment in the Americas. Disponible en: <http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/DP04NadalWiseJuly04.pdf>

⁷Ver los estudios en línea en: The North American Commission for Environmental Cooperation (*NACEC*). *Maize and Biodiversity: The Effects of Transgenic Maize in Mexico*. Retrieved August 6, 2009, from *NACEC* Web site: <http://www.cec.org/maize/resources/chapters.cfm?varlan+english>.

beneficios. El *TLCAN* debe reconocer la preeminencia de los importantes tratados sobre medio ambiente, particularmente la Convención sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena y el Tratado Internacional sobre Recursos Genéticos de Plantas para la Agricultura, conocido como la Ley de la Semilla.⁸

*Abordar la concentración del mercado
y la especulación sobre productos básicos del mercado*

Las acciones para asegurar la competencia libre de monopolios han sido muy débiles en Estados Unidos y México. Esto tiene serias implicaciones para los mercados agrícolas, que estaban altamente concentrados antes de que el *TLCAN* entrara en vigor y lo están aún más el día de hoy. Existe una urgente necesidad de atender los temas de competencia en la agricultura, así como las medidas para regular la especulación en los mercados de productos básicos. La especulación genera incrementos en los precios y volatilidad por medio de los intercambios de productos básicos de Estados Unidos, que minan los precios en efectivo y reducen las inversiones públicas y privadas en la agricultura, debido a lo impredecible de la tasa de retorno. Debido a que las prácticas anticompetitivas y la especulación representan distorsiones importantes para los mercados agrícolas, las medidas del gobierno para corregir esas distorsiones están garantizadas. Una vez más, el uso de una SSM más expansiva y efectiva puede ayudar a tratar con tales tareas en la ausencia de una acción anti-monopolio efectiva. Por ejemplo, cuando la plena liberalización de las cláusulas agrícolas del *TLCAN* era inminente en enero de 2008, los grandes compradores de maíz que controlan una parte importante de los mercados de la harina usaron la amenaza de compras en Estados Unidos para bajar los precios de los productores en los momentos claves de la cosecha en México. Tales precios no competitivos necesitan ser regulados y los gobiernos necesitan tener el poder para intervenir.

Idealmente, un cuerpo trinacional supervisaría los temas de la competencia, ya que afectan el comercio entre fronteras. Por ejemplo, las operaciones de ganado ahora son altamente integradas, con distintas operaciones que se llevan a cabo en diferentes países. Los ganaderos se han quejado desde hace mucho tiempo de prácticas anticompetitivas, tales como el llamado “provisión cautiva” por parte de empacadores, que pueden resultar en la manipulación de precios. Regular tales prácticas está ahora más allá del alcance de

⁸ Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) (2009), *International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Geneva, FAO. Disponible en: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf>.

cualquier gobierno por sí solo, lo que sugiere la necesidad de una medida más fuerte a nivel regional. Similarmente, las acciones anti-monopolio en respuesta a las fusiones y adquisiciones propuestas (M&A) tiene el poder sólo para tratar con los temas de competencia dentro de las fronteras de cada nación. Dado el nivel de integración en la agricultura y otros sectores, el *TLCAN* necesita un organismo trinacional para establecer claras regulaciones para las actividades de M&A que pudieran contribuir a prácticas empresariales no competitivas.

Otras reformas sugeridas

Existen muchas reformas adicionales que mejorarían la integración alimentaria en América del Norte y los mercados agrícolas. Hay algunas que vale la pena mencionar brevemente.

Reservas de grano

Las reservas de alimento públicas son imperiosas tanto para la seguridad alimentaria como para aminorar la volatilidad de precios que caracteriza la mayoría de los mercados agrícolas. Una reserva de grano regional de buen funcionamiento para un cultivo clave, tal como el maíz, puede aminorar la volatilidad de los precios mientras que mejora la seguridad del abasto de alimento.

Permitir un acuerdo internacional del café

El *TLCAN* explícitamente le prohíbe a México celebrar cualquier nuevo tratado internacional sobre el café que restrinja el comercio del café (art. 703.3). Este plan de suministro-administración internacional no debe ser excluido por el *TLCAN*. De hecho, la reciente volatilidad en los precios de productos básicos subraya su valor en la estabilización de los mercados.

Mejoras en la regulación de la seguridad alimentaria

La falta de seguridad continental de alimentos y las regulaciones para la salud animal y vegetal han tenido un efecto significativo en el comercio agrícola. El reglamento fitozoosanitario actual del *TLCAN* (*SPS*) y el proceso de consulta correspondiente no son adecuados para atender la subinversión en la infraestructura *SPS*, capacitación y mejores prácticas, lo que ha derivado en disputas sobre el comercio.

El *TLCAN* ha cambiado el comercio agrícola en América del Norte de manera predecible. Las consecuencias de esos cambios son severas y deben ser atendidas. México sigue estando detrás de sus contrapartes Norteamericanas en el desarrollo agrícola. Estas asimetrías debieron ser atendidas antes de que la desregulación procediera, particularmente en cultivos sensibles. Por ello deben ser atendidas ahora.

Reformando el régimen de inversión del *TLCAN*

Gus Van Harten

El régimen de inversión del *TLCAN* debe ser reformado. Este documento elabora un paquete escalonado de reformas que están diseñadas para (1) promover la inversión extranjera, mientras (2) evalúa el margen de política apropiado para que los gobiernos desarrollen y regulen sus economías de manera sustentable y (3) se asegure un gobierno equitativo sobre las disputas de inversión de tal manera que los inversionistas extranjeros no se vean privilegiados, de manera procedimental o sustancialmente, sobre los intereses de inversionistas y ciudadanos domésticos.

Las propuestas han sido escalonadas de acuerdo con su factibilidad, basándose especialmente en el hecho de sí requerirían una corrección del *TLCAN*.

La necesidad de reforma

La protección y regulación de la inversión para un desarrollo sustentable

Un objetivo importante del *TLCAN* es promover y proteger la inversión extranjera para poder crear los empleos, desarrollar la economía y apoyar el desplazamiento a una economía más verde. Para este propósito, a los inversionistas extranjeros se les dan protecciones robustas, especialmente por la cláusula en el capítulo 11 del *TLCAN* para la arbitración internacional obligatoria con el fin de decidir las demandas de los inversionistas en contra de los gobiernos. En muchas formas el *TLCAN* favorece a los inversionistas por encima de los demás intereses.

Los inversionistas extranjeros están protegidos bajo el *TLCAN* por amplios estándares sobre la exportación, no discriminación, trato justo y equitativo y

otros temas. Sin embargo, las decisiones anteriores de algunos tribunales del *TLCAN* han interpretado estos estándares en un sentido sobreexpansivo, proinversionistas. Esto requiere la aclaración de que el tratado no necesita del pago de una compensación para los inversionistas donde se ven afectados por las leyes o regulaciones aprobadas de buena fe para un propósito público.¹

Es muy probable que los gobiernos en cada estado del *TLCAN* hayan sido influenciados por sus decisiones reguladoras por el riesgo de una demanda del tratado. Los inversionistas extranjeros han mostrado claramente que ellos van a disputar cualquier medida que provenga del gobierno. Por ejemplo, el capítulo 11 del *TLCAN* ha sido a la fecha utilizado para disputar: las medidas para controlar el contenido de la gasolina y proteger los recursos de agua subterránea, una prohibición legislativa en la exportación de desperdicios peligrosos, una fase terminal del uso de químicos en la agricultura, una decisión del tribunal que lleva a la asignatura de daños punitivos a gran escala, la creación de un parque ecológico, la evaluación medioambiental de un proyecto de cantera, la regulación de minería a cielo abierto cerca de sitios sagrados para los nativos americanos y, más recientemente, la aplicación de estándares de seguridad para los camiones extranjeros.

Varias reformas post*TLCAN* parecen aceptar que los tribunales de arbitraje han usado su discreción para llevar los tratados de inversión demasiado lejos a favor de los inversionistas.² De igual manera, en su revisión del fallo *Metalclad* en contra de México, el Tribunal Superior de Columbia Británica dio una definición extremadamente amplia sobre la expropiación para el propósito del artículo 1110. Adicionalmente a la más convencional noción de expropiación que involucra la toma de propiedad, el tribunal sostuvo que la expropiación bajo el *TLCAN* incluye interferencia en cubierto o incidental con el uso de propiedad que tiene el efecto de privar al dueño, de manera total o en cuanto a una parte importante, del uso de un beneficio económi-

¹Peterson, L.E. (2004), "Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making", *Report for the International Institute for Sustainable Development* (November); Lawrence, J.C. (2006), "Chicken Little Revisited: *NAFTA* Regulatory Expropriations After *Methanex*", *Georgia Law Review*, 41, 261-310.

²Thomas, J.C. (2002), "Reflections on Article 1105 of *NAFTA*: History, State Practice and the Influence of Commentators", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 17(1), 21-101; Gaillard, E. (2002), "Commentary", *Arbitration International*, 18, 247; McLachlan, C. (2002), "Commentary: The Broader Context", *Arbitration International*, 18, 339; Tollefson, C. (2002), "Metalclad v. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of *NAFTA*'s Chapter Eleven Investor-State Claim Process", *Minnesota Journal of Global Trade*, 11, 183; Munro, M.A. (2005), "Expropriating Expropriation Law: The Implications of the Metalclad Decision on Canadian Expropriation Law and Environmental Land-Use Regulation". *Asper Review of International Business & Trade Law*, 5, 75; Salgado, V. (2006), "The Case Against Adopting BIT Law in the *FTAA* Framework", *Wisconsin Law Review* (2006), 1024.

co que de manera razonable se puede esperar de una propiedad. Esta definición es suficientemente amplia para incluir una reubicación de zona por parte de una municipalidad u otra autoridad de asignación de zona.³

A pesar de esto, el tribunal no fue capaz –bajo las reglas existentes del régimen del *TLCAN*, de corregir este aspecto del fallo Metalclad.

Preocupaciones acerca del congelamiento regulatorio

Las interpretaciones proinversionistas sobre expropiación indirecta y otros estándares son perturbadoras, ya que dan lugar al riesgo de “congelamiento regulatorio”. Dan la oportunidad a los inversionistas extranjeros de enredar a los gobiernos en un litigio internacional y exponerlos a fallos costosos, aun cuando los gobiernos hayan actuado de buena fe en la persecución de un objetivo legítimo. En palabras de un abogado –W. Rogers–, la habilidad de demandar bajo un tratado de inversión es:

Una invitación abierta para los inversionistas descontentos, tentados a quejarse de que una falla financiera o empresarial se debió a una regulación inapropiada, una política macroeconómica mal manejada o un trato discriminatorio por parte del gobierno anfitrión y encantados con la oportunidad de amenazar al gobierno anfitrión con un arbitraje tedioso y costoso.⁴

Varios estudios han dado lugar a esta preocupación; han subrayado el peligro de que el *TLCAN* (y otros tratados de inversión) frustren los esfuerzos del gobierno para proteger la salud y el medio ambiente, preservar los recursos naturales (tales como el agua potable), contrarrestar el cambio climático, promover el desarrollo económico, regular las utilidades y proveer servicios gubernamentales, tomar decisiones de zona, reformar el cuidado de la salud o regular el sector financiero.⁵

³ *United Mexican States v Metalclad Corporation* (2001), *World Trade and Arbitration Materials*, 13(5), 219 (British Columbia Supreme Court), para. 99.

⁴ Rogers, W. (2000), “Emergence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as the Most Significant Forum for Submission of Bilateral Investment Treaty Disputes”, *Presentation to the Inter-American Development Bank Conference* (26-7 October).

⁵ Werksman, J., K.A. Baumert, y N.K. Dubash (2001), “Will International Investment Rules Obstruct Climate Protection Policies?”, *Report for the World Resources Institute* (April); Shrybman, S. (2001), “A Legal Opinion Concerning the Potential Impacts of International Trade Disciplines on Proposals to Establish a Public-Private Partnership to Design, Build and Operate a Water Filtration Plant in the Seymour Reservoir”, *Prepared for the Canadian Union of Public Employees* (17 July); Flood, C.M. y T.D. Epps (2002), “Have We Traded Away the Opportunity for Innovative Health Care Reform? The Implications of the *NAFTA* for Medicare”, *McGill Law Review*, 47, 747; Been, V.L. y J.C. Beauvais (2008), “The Global Fifth Amendment: *nafta*’s Investment Protections and

Es difícil, aunque no imposible, establecer de manera definitiva que cualquier medida en particular fue abandonada como resultado de una demanda del *TLCAN*. Tal parece que varias medidas gubernamentales han sido retiradas al enfrentar la amenaza de una demanda. Los casos documentados incluyen, por ejemplo, propuestas ya retiradas en Canadá de requerir empaques de cigarrillos sin escritura, establecer seguro automotriz público y la privatización de una planta de filtración de agua.⁶

Cuadro 1
EL CASO DE ETHYL⁷

Tal vez el caso más claro de congelamiento regulatorio es el de arbitraje Ethyl, que se enfrentó a una demanda del *TLCAN*; el gobierno de Canadá retiró sus restricciones de un aditivo de gasolina llamado *MMT*, las restricciones que habían sido justificadas con base en la precaución de que quemar *MMT* presentaba un riesgo inaceptable de daños al sistema nervioso y cerebro y especialmente para los niños, luego de que un tribunal del *TLCAN* le permitió a un fabricante de *MMT* presentar su demanda bajo el capítulo 11. Además de retirar su regulación, el gobierno de Canadá también estuvo de acuerdo en 1) emitir una declaración de que *MMT* no presentaba ninguna amenaza para la salud y 2) pagar 13 millones de dólares estadounidenses en compensación al fabricante, una cantidad que excede el presupuesto anual para el medio ambiente de Canadá. El caso indica cómo es que el *TLCAN* puede ser usado por inversionistas extranjeros para presionar al gobierno para que compre su soberanía medioambiental al llegar a un finiquito monetario para salir de las demandas del capítulo 11.

the Misguided Quest for an International ‘Regulatory Takings’ Doctrine”, *New York University Law Review*, 78, 30; Porterfield, M.C. (2004), “International Expropriation Rules and Federalism”, *Stanford Environmental Law Journal*, 4, 3; Lawrence (2006); Jenkins, B.W. (2007), “The Next Generation of Chilling Uncertainty: Indirect Expropriation Under *CAFTA* and its Potential Impact on Environmental Protection”, *Ocean and Coastal Law Journal*, 12, 269; Cumming, J. y R. Froehlich (2007), “*NAFTA* Chapter XI and Canada’s Environmental Sovereignty: Investment Flows, Article 1110 and Alberta’s Water Act”, *University of Toronto Faculty of Law Review*, 65, 107; Gerbasi, J. y M.E. Warner (2007), “Privatization, Public Goods, and the Ironic Challenge of Free Trade Agreements”, *Administration & Society*, 39, 127; Shrybman, S. (2008), “Pemex, Privatization and the *NAFTA* Trap”, *Presentation on behalf of the Canadian Union of Public Employees and the Communications, Energy, and Paperworkers Union of Canada* (June 2008); Mann, H. (2008), “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, *Report for the International Institute for Sustainable Development* (February).

⁶Schneiderman, D. (2008), *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge, Cambridge University Press; Carrigg, D. (2001, July 5), “*GVRD* pulls plug on plan to privatize water filtration plant”, *Vancouver Courier-On Line*.

⁷Véase *Ethyl Corporation v. Government of Canada* (Jurisdiction) (1998), *International Legal Materials*, 38, 708 (24 June); Traynor, K. (1998), “How Canada Became a Shill for Ethyl Corp”, *Intervenor* 23(3); Schettler, T. (1999), “Manganese in Gasoline: A Case Study of the Need for Precautionary Action”, en Raffensperger y Tickner (eds.), *Protecting Public Health and the Environment*, Washington, D.C., Island Press; Fletcher, G. (2002), “U.S. bans it; Canada burns it”, *National Post* (6 de septiembre); Cumming y Froehlich (2007), p. 132.

No todas las demandas del *TLCAN* han tenido éxito (muchas siguen pendientes), pero el hecho es que pueden ser presentadas con tanta facilidad, que permite a los inversionistas extranjeros presionar u hostigar a los gobiernos y frustrar las iniciativas importantes.⁸ Una demanda continua por parte de Dow AggroSciences en contra de Canadá, por ejemplo –en respuesta a las restricciones de Quebec sobre el uso cosmético del pesticida químico 2,4-D– parece estar dirigida en gran parte a desviar a otros gobiernos de seguir pasos similares para reducir el uso de pesticidas por razones de salud y de medio ambiente, ya que tiene la intención de ganar una compensación de \$ 2 millones de dólares por el impacto incidental en las ventas de Dow en Quebec.

La amenaza a la reforma financiera, económica y del medio ambiente

Más allá del capítulo 11 del *TLCAN*, los inversionistas extranjeros han usado los tratados de inversión para realizar más de 250 demandas inversionista-Estado en contra de países, usualmente en el mundo en desarrollo a lo largo de los últimos 15 años. Han disputado un amplio rango de políticas y decisiones. Tal vez más inquietante son las 46 demandas presentadas en contra de Argentina por sus reformas frente a la crisis financiera y económica del país en 2001. Estas demandas han costado cientos de millones de dólares en fallos contra Argentina y muy probablemente generarán miles de millones más. Lo que es más, algunos tribunales se han apoyado en lecturas proinversionistas dudosas para otorgar fallos.⁹ En respuesta a esto, Argentina se ha negado a pagar resarcimiento por daños, poniendo en tela de juicio la utilidad del sistema inclusive para los inversionistas.¹⁰

Mientras que Estados Unidos, Canadá y México no tomen medidas para limitar su exposición a las demandas, continuarán poniendo su tesorería pública y los procesos regulatorios en riesgo.¹¹ Los bufetes jurídicos que se especializan en arbitraje de inversionistas se encuentran en el presente agitando a las empresas para asesorar a los inversionistas en cómo pueden presentar sus demandas de inversionista-Estado por pérdidas causadas por las reformas del gobierno en respuesta a la crisis financiera actual. Por ejemplo, de acuerdo con un comunicado de un cliente expedido recientemente por una firma de Londres:

⁸ Cumming y Froehlich (2007), p. 124.

⁹ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Merits) (2005), *International Legal Materials*, 44, 1205 (May 12).

¹⁰ Peterson, L.E. (2009, 25 de junio), "Argentine Crisis Arbitration Awards Pile Up, but Investors Still Wait for a Payout", *American Lawyer*.

¹¹ Cumming and Froehlich (2007), p. 135.

Los Estados se encuentran bajo una creciente presión para tomar medidas para impulsar sus economías nacionales en respuesta al decremento económico global. Mientras que puede ser apropiado para los Estados tomar las medidas necesarias para atender la crisis financiera, los inversionistas extranjeros pudieran tener derecho a una compensación si tales medidas son tomadas como incumplimiento de los términos de los tratados de inversión (...). Ya que la crisis argentina tiene similitudes con las dificultades que se están encontrando alrededor del mundo, es instructivo ver cómo las demandas que surgen de grandes pérdidas que se sucedieron entonces se están resolviendo ahora (...).¹²

Útiles medidas de desarrollo que están específicamente prohibidas

El control de capital y requerimientos de desempeño están prohibidos de acuerdo con el *TLCAN*, a pesar de que pueden jugar un papel importante en evitar las crisis financieras o incrementar la productividad y el empleo, medidas cuya aplicación debe ser facilitada basándose en la evidencia de su utilidad para prevenir que el flujo de capital mine los sistemas financieros o para asegurar que la inversión extranjera contribuya al desarrollo económico. Para la coherencia de la política, el uso de estas medidas podría estar sujeto a la supervisión por parte de una comisión regional, en vez de un arbitraje sobre inversionista-Estado.

Gobernanza política de disputas sobre la inversión

Las disputas sobre inversión deben resolverse de manera justa, vía un proceso independiente adjudicativo que puede ser asignado a los legisladores públicos. Los inversionistas pueden tener una buena causa para buscar protección por medio de una revisión judicial, inclusive para una acción gubernamental aparentemente legítima. Pero el modelo inversionista-Estado, de acuerdo con el *TLCAN* es demasiado dependiente en un pequeño grupo de árbitros en su resolución de asuntos importantes de política pública.

Para todos los inversionistas, extranjeros o domésticos, la protección debe ser (y usualmente lo es) presentada por tribunales domésticos. Excepcionalmente, una protección de respaldo puede ser requerida a nivel internacional. Pero la adjudicación internacional deber ser un remedio excepcional, no un

¹² CMS Cameron May (2009, 30 de marzo), "International arbitration: State liability to private investors in an economic crisis", *Law-Now*.

primer recurso. Los inversionistas extranjeros no deben tener la capacidad de evadir a los tribunales domésticos que ofrecen un foro para la justicia, lo que es al menos tan justo e independiente como el arbitraje inversionista-Estado. En esto y otros aspectos, los inversionistas extranjeros no deben ser privilegiados sobre los inversionistas y ciudadanos domésticos, quienes también se encuentran profundamente afectados por las decisiones del gobierno y deben tener derecho a participar en arbitraje junto con los intereses de los inversionistas.

El privilegiado de inversionistas extranjeros sobre los ciudadanos

El arbitraje inversionista-Estado en su forma actual da a los inversionistas extranjeros el gran poder de forzar a los Estados a entregar las decisiones de sus legislaturas, tribunales y administraciones a una revisión y disciplina intensiva por parte de los árbitros, fuera de cualquier proceso tribunal.¹³ Muchas disputas que pueden y deberían ser resueltas en el nivel doméstico, son presentadas ante los tribunales internacionales. El sistema está desbalanceado en ese sentido: mientras que los inversionistas pueden solicitar una compensación financiada por impuestos, ellos no están sujetos a una regulación por medio del proceso adjudicativo.¹⁴

La falta de independencia de los árbitros de inversionista-Estado

El uso del arbitraje para tomar las decisiones finales sobre la ley pública –especialmente donde involucra las opciones legislativas o los presupuestos públicos– mina la independencia judicial. Los árbitros son vistos como personas que tienen un interés en interpretar la ley a favor de los inversionistas para promover demandas a futuro y hacer crecer la industria del arbitraje. Esta subjetividad aparente ofrece una explicación creíble para los acercamientos sorprendentemente proinversionistas de numerosos tribunales (por ejemplo, Metalclad; Pope & Talbot; Técnicas; Santa Elena; Maffezini; CME; Siemens; Tokios; Occidental; CMS).¹⁵ Estos tribunales han requerido un pago

¹³ Gerbasi y Warner (2007), p. 130.

¹⁴ Yu, y F. Marshall (2008), “Investor’s Obligations and Host State Policy Space”, *Background paper for the 2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators* (3-4 noviembre).

¹⁵ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Merits) (2000), *ICSID Review*, 16, 168 (30 de agosto); *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada* (Merits, Phase 2) (2001), *World Trade and Arbitration Materials*, 13 (4), 61 (10 de abril); *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican*

de compensación pública para un rango de medidas no discriminatorias en las que los inversionistas han sustentado una pérdida incidental como resultado de acciones por parte del gobierno. Además, los tribunales se encuentran herméticos a una revisión por parte de un juez independiente, ya sea doméstico o internacional.¹⁶

Existen preocupaciones fundamentales, especialmente debido a que el *TLCAN* permite una revisión tan amplia de las decisiones legislativas y de política general. Los árbitros reciben la autoridad que va más allá de la de los tribunales bajo otros tratados –distintos a tratados de comercio e inversión.

Principios generales y metas para la reforma

El principio del desarrollo sustentable

Los tratados de inversión deben permitir un adecuado espacio para la política pública, para que los gobiernos puedan realizar acciones libres del riesgo de resarcimientos por daños, para dictar leyes y regulaciones sobre temas apremiantes, siempre y cuando la medida en cuestión no esté dirigida a inversionistas extranjeros de manera específica por abuso o discriminación. Este espacio de política debe ser más amplio para legislaturas y tribunales y para decisiones de política general de gobierno. Las reformas deben estar dirigidas a establecer un régimen en el que los Estados desplieguen acciones apropiadas para regular de buena fe su economía, sin riesgo de una demanda internacional.

States (Merits) (2003), *ICSID Review*, 19, 158 (29 de mayo); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, SA v. Republic of Costa Rica* (Merits) (2000), *ICSID Review*, 15, 169 (17 de febrero); *Maffezini (Emilio Agustín) v. Kingdom of Spain* (Jurisdiction) (2000), *ICSID Review*, 16, 212 (25 de enero); *CME Republic BV v. Czech Republic* (Merits) (2001), *World Trade and Arbitration Materials*, 14 (3), 109 (13 de septiembre); *Siemens AG v. Argentine Republic* (Jurisdiction) (2004), *International Legal Materials*, 44, 138 (3 de agosto); *Tokios Tokelès v. Ukraine* (Jurisdiction) (2004), *ICSID Review*, 20, 205 (29 de abril); *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (Merits) (2004), *World Trade and Arbitration Materials*, 17 (1), 165 (1 de julio); CMS (2005).

¹⁶Sornarajah, M. (2002), “The Clash of Globalisations and the International Law on Foreign Investment”, *Presentation to the Centre for Trade Policy and Law*, Ottawa (12 September); Atik, J. (2004), “Repenser *NAFTA* capítulo 11: A Catalogue or Legitimacy Critiques”, *Asper Review of International Business and Trade Law*, 3, 215; Van Harten, G. (2007), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press.

El principio de gobernanza equitativa

Para asegurar la gobernanza equitativa, la adjudicación del *TLCAN* debe estar protegida de una influencia inapropiada por parte de los inversionistas y de otros actores particulares. El proceso debe corresponder con la legitimidad democrática de legislaturas, la independencia de tribunales domésticos y el manejo experto de agencias ejecutivas.¹⁷ A los inversionistas extranjeros no les puede ser permitido evadir los tribunales domésticos donde éstos imparten justicia. El arbitraje del *TLCAN* debe ofrecer un proceso independiente y justo, tanto para el inversionista como para el Estado, congruente con los principios de juzgar en las tradiciones constitucionales de los miembros del tratado y la ley internacional.¹⁸

Instrumentos recomendados, políticas y cláusulas

Notablemente, muchas de las revisiones adoptadas en los tratados post*TLCAN* se basan en el tratado del 10 de mayo en el Congreso y Administración de Estados Unidos, el cual es un punto de partida importante para una reforma del tratado, a pesar de que se queda corto, especialmente porque no discute (1) el peligro de que los árbitros continúen interpretando el tratado, sin importar qué tan bien redactado esté, de manera proinversionista o (2) los privilegios de proceso que el arbitraje inversionista-Estado provee de manera injusta a los inversionistas extranjeros.

Las reformas recomendadas se resumen así:

Reformar el régimen de finiquito de disputas.

- Considerar la opción de retirar el régimen de inversionista-Estado de una vez por todas del *TLCAN* (se requiere corrección).
- Presentar una cláusula para integrar como parte del proceso a aquellas personas o entidades cuyos intereses se vean directamente afectados por

¹⁷Weiler, J.H.H. (2000), "Epilogue: Towards a Common Law of International Trade", en J.H.H. Weiler (ed.), *The EU, the WTO, and the NAFTA*, Oxford, Oxford University Press; Brown, D. (2002), "Commentary", en L. Ritchie Dawson (ed.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Ottawa, Centre for Trade Policy and Law.

¹⁸United Nations (UN) (1985), "Basic Principles on the Independence of the Judiciary", *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Milan (agosto 26-septiembre 6), UN Doc A/RES/40/32 and A/RES/40/146; Mackenzie, R. y P. Sands (2003), "International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge", *Harvard International Law Journal*, 44, 271; Meron, T. (2005), "Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals", *American Journal of International Law*, 99, 359; Van Harten, G. (2008), "A Case for an International Investment Court", Society of International Economic Law Inaugural Conference Working Paper No. 22/08. Geneva (15-17 de Julio).

- una disputa entre inversionista-Estado y permitir a los Estados presentar una contrademanda a inversionistas extranjeros por incumplimiento de sus propios deberes u obligaciones (se requiere corrección).
- Establecer un organismo regional adjudicativo para remplazar o suplementar el rol de arbitraje privado y para asegurar la independencia y aumentar la coherencia en el proceso de toma de decisiones (se requieren correcciones).
 - Presentar una cláusula para los miembros de la comisión regional adjudicativa para aplicar las reglas que gobiernan la resolución de las disputas inversionista-Estado (se requiere corrección).
 - Como medida temporal para asegurar la independencia, y como lo establece en el *TLCAN* el artículo 1124 (4) mismo, designar un listado de expertos –de preferencia jueces de turno– de los cuales los árbitros que presiden deben ser electos (no requiere una corrección del texto del *TLCAN*).

Asegurarse que el arbitraje inversionista-Estado sea un remedio excepcional

- Seguir los pasos para limitar compras en foro y demandas de conveniencia por parte de inversionistas que no tengan nada que ver con *TLCAN* (posiblemente no requiera correcciones).
- Evitar que los inversionistas extranjeros evadan los tribunales domésticos donde éstos imparten justicia (posiblemente no requiera de corrección).
- Expandir el mecanismo de revisión del *TLCAN* para asegurar la flexibilidad y predictibilidad en áreas claves de regulación, tales como regulación financiera y protección a la salud/medio ambiente (se requiere corrección).

Clarificar estándares sustantivos estructurados ampliamente.

- Limitar los conceptos de expropiación indirecta y trato justo y equitativo para impedir su aplicación a medidas no discriminatorias que sean adoptadas de buena fe para un propósito público, basado en el resarcimiento por daños en *Methanex*¹⁹ y *Glamis Gold*²⁰ (no requiere corrección).

¹⁹*Methanex Corporation, United States of America* (Merits, 2005), *International Legal Materials*, 44, 1345 (3 de agosto).

²⁰*Glamis Gold v. USA* (Merits) (2009), Disponible en línea: U.S. State Department <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf> (consultado 6 de agosto).

- Clarificar que el trato nacional requiere evidencia ya sea de (1) discriminación intencional o (2) discriminación de facto en contra de inversionistas extranjeros como grupo, basado por ejemplo en el resarcimiento por daños de *ADF*²¹ (no requiere corrección).
- Clarificar que el trato nacional-más-favorecido no derrota las excepciones en el *TLCAN* ni se extiende a la disputa de cláusulas de finiquito de otros tratados, basándose por ejemplo en el resarcimiento por daños *Plama*²² (no requiere corrección).

Revisar la discreción de tribunales inversionista-Estado

- Diferir por medio de tribunales directos las decisiones legislativas y judiciales, y para decisiones de política del gobierno donde la decisión no está dirigida a inversionistas extranjeros por trato abusivo o discriminatorio (no requiere corrección).
- Aclarar que los tribunales deben referirse a las perspectivas compartidas de los gobiernos del *TLCAN* participando en un arbitraje inversionista-Estado con respecto a la interpretación del Tratado (no requiere corrección).
- Aclarar que los tribunales pueden asignar un resarcimiento parcial o simplemente una asignatura por costos o resarcimiento declaratorio como satisfacción adecuada para un inversionista extranjero, y que cualquier resarcimiento por daños debe dar cuenta del grado de culpabilidad del Estado demandado (no requiere corrección).

Establecer exenciones para proteger la regulación legítima

- Incorporar las exenciones de los tratados *postTLCAN* que buscan salvaguardar el sistema financiero (probablemente no requiera corrección).
- Permitir el uso a la medida de controles de capital y requerimientos de desempeño donde se justifique, para mantener la estabilidad financiera o incrementar la productividad y el empleo (se requiere corrección).
- Excepciones generales extendidas del *TLCAN* a su capítulo de inversión (se requiere corrección).

Revisar la declaración de objetivos del tratado

- Revisar la declaración de objetivos tanto para el *TLCAN* como para su régimen de inversionista-Estado haciendo referencia, entre otras cosas,

²¹*ADF Group Inc v. United States of America* (Merits) (2003), *ICSID Review*, 18, 195 (9 de enero).

²²*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Jurisdiction) (2005), *ICSID Review*, 20, 262 (8 de febrero).

a la gobernanza equitativa de disputas sobre inversión con base en la apertura, independencia y contabilidad judicial (se requiere corrección).

No todas estas reformas requieren correcciones del *TLCAN*, el tratado autoriza a la Comisión de Libre Comercio –conformada por representantes a nivel gabinete de cada país del *TLCAN*, para realizar interpretaciones del tratado que sean comprometedoras ante un tribunal.²³ Ésta es una herramienta importante para aclarar el tratado. Habiendo dicho eso, otras reformas que requieren corrección también deben ser promovidas para atender los puntos claves.

²³ Free Trade Commission (*TLCAN*) (2001), *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions* (31 de Julio).

Propiedad intelectual para el desarrollo en México

Kenneth C. Shadlen

Los regímenes de propiedad intelectual (*IP*) sirven un doble propósito: proveer incentivos para la generación y comercialización de innovaciones y promover la difusión y uso del conocimiento. Un régimen *IP* por sí solo no puede maximizar estos dos objetivos simultáneamente. Después de todo, la *IP* establece incentivos para la innovación precisamente al restringir el uso, están ausentes otras regulaciones (competición, políticas de control de precios). Un país que establece regulaciones *IP* dirigidas en su mayoría a promover la innovación, potencialmente lo hace al costo de la distribución y uso del conocimiento. Habitualmente, los países han buscado ajustar sus regímenes *IP* a la medida, fijando incentivos para lograr distintos objetivos en línea con las capacidades y necesidades locales.¹

Mientras que las provisiones del *TLCAN* han introducido algunas restricciones que van más allá del tratado *TRIP* de la Organización Mundial del Comercio “*WTO*”, el problema principal para México no es el *TLCAN*, sino la adopción por parte del gobierno de México de las reglas *IP* que van más allá del acuerdo. Éstas tienen el efecto de hacerlo más difícil para que la innovación se distribuya y sea ampliamente usada dentro del país.

¹Véase la coalición para los derechos de propiedad intelectual [Coalition for Intellectual Property Rights (*CIPR*, 2002)], *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, London, Commission on Intellectual Property Rights; Reichman, Jerome H. (1997), “From Free Riders to Fair Followers: Global Competition under the TRIPS Agreement”, *New York University Journal of International Law and Politics* 29, 11-93; Shadlen, Kenneth C. (2009a), “The Politics of Patents and Drugs in Brazil and Mexico: The Industrial Bases of Health Policies”, *Comparative Politics*, Vol. 42, No. 1, octubre 2009, pag. 41-58.

Necesidad de reforma

El problema principal con el régimen de *IP* de México es que está dirigido a promover la innovación y la comercialización del nuevo conocimiento como si el país estuviera mucho más desarrollado y por lo tanto fuera capaz de generar y absorber invenciones a un rápido ritmo. Es decir, en 1991, previamente al *TLCAN* (de hecho como una precondition para iniciar las negociaciones) México adoptó un sistema de patentes que es apropiado para un país con infraestructura científica, tecnológica e industrial significativamente más avanzada.

Podemos evaluar sistemas de patentes en tres dimensiones: qué tipo de conocimiento puede poseerse como propiedad particular, el derecho de los dueños *vs.* los usuarios de la propiedad, y la duración efectiva de los derechos de los dueños de la propiedad. En México, el alcance del conocimiento patentable es amplio y los dueños de la patente tienen derechos de exclusión tanto fuertes como duraderos. De hecho, México posteriormente reformó el sistema de patentes en 2003-2004 para hacer que la emisión de licencias obligatorias (*CL*) de medicamentos patentados fuese extremadamente difícil para extender los periodos de exclusividad del mercado de los tenedores de patentes.²

Un ejemplo que ilustra de la falta de relación entre el sistema de patentes de México y las capacidades científicas y tecnológicas del país, es considerar que el número absoluto de solicitudes de patentes hecha por los residentes de México se incrementó sólo en 4 por ciento desde que la nueva ley *IP* fue introducida, de 564 patentes en 1991 a 584 en el 2005. En contraste, el número de solicitudes no residenciales se triplicó a lo largo del mismo periodo, de 4 707 en 1991 a 13 852 en 2005.³ El número neto de licencias y pagos de regalías para los extranjeros se incrementó de 341 millones de dólares estadounidenses en 1991 a 713 millones en 2004, un incremento de 109 por ciento.

²Aquí contrasto las reformas de la propiedad intelectual de México con las de Brasil en Shadlen (2009a). Algunos países emiten licencias compulsivamente, ya que el acuerdo para hacerlo es suficiente para obtener descuentos en los precios. Sin embargo, en México una reforma que hace que el proceso de *CL* sea extremadamente complicado reduce la disponibilidad de esta herramienta de negociación.

³Los datos son de la Red de Indicadores Científicos y Tecnológicos [Network on Science and Technology Indicators (*RICYT*)], *Indicators by country*, consultado el 6 de agosto de 2009 en *RICYT* Web site: <http://www.ricyt.org/interior/interior.asp?Nivel1=1&Nivel2=1&Idioma=ENG>. Al hacer las comparaciones la clave es examinar el crecimiento de las patentes después de la introducción de las nuevas leyes de propiedad intelectual. Dentro de los seis años posteriores a la introducción de nuevos regímenes de propiedad intelectual en Argentina y Brasil en 1995 y 1996 respectivamente, las solicitudes de patente incrementaron 57 por ciento en Argentina y 36 por ciento en Brasil, mientras que desde el periodo de introducción de estas nuevas leyes hasta 2005, las solicitudes de patente incrementaron 56 por ciento en Argentina y 88 por ciento en Brasil (*RICYT*).

Estos datos sugieren que el nuevo sistema *IP* fija incentivos que los actores mexicanos tienen muy poca habilidad para explotar, mientras que suben el costo por tener acceso y usar conocimiento de punta.

El sistema de *IP* mexicano tampoco parece cumplir con las necesidades de salud. A pesar de una inversión en la industria farmacéutica, el precio de medicinas en México sigue siendo alto y –aún más importante– la capacidad del gobierno para usar el sistema *IP* para nivelar las reducciones de precios de las firmas que tienen patentes es extremadamente bajo. Las firmas farmacéuticas que tienen patentes no temen a las *CL*, y por lo tanto “sienten muy poca obligación de reducir los precios. Para dar un ejemplo, Abbott fija el precio de su versión patentada de lopinavir/ritonavir, un tratamiento clave de segunda línea para el VIH/SIDA, a más de 5 veces el precio que fija en Brasil”.⁴

En la mayoría de los sectores el régimen de *IP* de México es inapropiado. La pregunta, entonces, es cómo podría mejorarse la situación. En concordancia con los demás autores, podemos pensar en respuestas en tres direcciones: reformas para la política mexicana, reformas para el *TLCAN* mismo y esfuerzos regionales.

Reformas para la política mexicana

Se pueden plantear dos opciones a la falta de relación entre el sistema *IP* y las capacidades científicas, industriales y tecnológicas del país:

- Incrementar el nivel de desarrollo científico, industrial y tecnológico de México para hacerlo más apropiado para el sistema *IP*.
- Alterar el sistema *IP* para hacerlo más apropiado para el nivel de desarrollo científico, industrial y tecnológico de México.

⁴Shadlen, Kenneth C. (2009b). “Harmonization, “Differentiation, and Development: The Case of Intellectual Property in the Global Trading Regime”, en Silvia Sacchetti y Roger Sugden (eds.), *Knowledge in the Development of Economies: Institutional Choices under Globalisation*, Northampton, Edward Elgar. En lo referente al ambiente la importancia del sistema de propiedad intelectual sigue sin estar claro. En la medida en que las tecnologías patentadas de medio ambiente se basan en las más antiguas –ya no patentadas– tecnologías, se podría esperar ver múltiples (y a menudo funcionalmente equivalentes) productos que compiten entre sí. La investigación sobre la introducción de tecnologías de energía renovable en la Ciudad de México, por ejemplo, revela que la competencia entre los proveedores de productos similares para la conversión de biogás significaba que los actores locales pudieran acceder a las tecnologías a precios razonables, y en el caso de los calentadores solares de agua, los costos más importantes que impiden el uso no se debieron a la propiedad intelectual sino más bien el aumento del precio de los materiales. Véase Mallett, Alexandra (2009 en prensa), *Trade and competitiveness policies and urban technology cooperation: re-examining Renewable Energy Technology (RET) adoption in Latin American cities*, PhD thesis, Development Studies Institute (Destin), London School of Economics. Un área útil de investigación en el futuro es obtener una idea más clara de lo que las tecnologías verdes están patentando y, si existen las patentes, la medida en que existen sustitutos funcionales.

México podría hacer ambas cosas, a pesar de que en la práctica el enfoque (desde el principio de 2000) ha sido casi exclusivamente el primero. Me refiero a la reestructuración de la política de ciencia bajo la administración del gobierno de Fox, cuya pieza central fueron las reformas al funcionamiento del Consejo de Ciencia Nacional y Tecnología (Conacyt), el instrumento más importante del gobierno para promover la investigación científica. Estas reformas incluían la creación de nuevos mecanismos de financiamiento que pretendían incrementar la colaboración entre las instituciones de investigación pública y la industria privada. El gobierno también introdujo medidas que involucran al sector privado más explícitamente en la política de innovación. Por ejemplo, el gobierno de Fox creó un nuevo foro de consulta sobre ciencia e innovación para vincular al gobierno, la academia y la industria, y, de hecho, los personajes claves de las firmas más innovadoras de México fueron atraídos por Conacyt para impartir lecciones de innovación exitosa y administración de la *IP*.

Las reformas para enfrentar el reto de la innovación también tomarían en cuenta la evidencia creciente de que la innovación puede ser impulsada por medio de la colaboración;⁵ la apertura y colaboración (en vez de la privatización y la exclusión) son mecanismos para promover la innovación, por lo cual este tipo de políticas podrían ser incluidas para fomentar condiciones de desarrollo. Los incentivos pueden ser utilizados para recompensar los programas de investigación colaborativa y la innovación abierta, por ejemplo, y una porción mayor de recursos del Conacyt pueden orientarse a la promoción de la innovación vía premios.⁶ El reordenamiento de la estructura y operación del Conacyt crearía una base para avanzar en algunas de estas direcciones, mediante mecanismos para apoyar a *R&D* en empresas públicas y privadas, por medio de nuevas becas a la innovación colaborativa y extender el frente común científico.⁷ Tales reformas son, de hecho, más cambios en esfuerzo y énfasis que cambios en la política científica y tecnológica. Las restric-

⁵ Lester, Richard K. y Michael J. Piore (2004), *Innovation: The Missing Dimension*, Cambridge, Harvard University Press; Von Hippel, Eric (2005), *Democratizing Innovation*, Cambridge, MIT Press.

⁶ Piense en las “Three Ps” de Paul David’s. La idea aquí es poner más recursos en la contratación (premios), con una meta hacia la innovación inspiradora en las zonas que respondan a las necesidades específicas del país (David, Paul A. (1993), “Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History”, en Mitchel B. Wallerstein, Mary Ellen Moguee, y Roberta Schoen (eds.), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, Washington, D.C., National Academy Press, 19-61.

⁷ Nelson, Richard R. (2004), “The Market Economy, and the Scientific Commons”, *Research Policy*, 33 (April), 455-471; Mazzoleni, Roberto y Richard R. Nelson (2007), “Public research institutions and economic catch-up”, *Research Policy*, 36 (December), 1512-1528

ciones extremadamente amplias del *TLCAN* sobre el uso de requerimientos de desempeño y otras regulaciones sobre la inversión extranjera entrante eliminaron una herramienta de política clave que el gobierno mexicano podría usar para promover tal colaboración.

Estos esfuerzos también requerirán significativamente más fondos. Una implicación importante, entonces, es ese reconocimiento de la importancia de la política de ciencia y tecnología que debe volverse más que simple retórica y que debe verse reflejada en la asignación de recursos por parte de la tesorería. A pesar de que el total del gasto (público y privado) en investigación y desarrollo se incrementó de 0.37 por ciento del *PIB* en 2000 a 0.50 por ciento en 2005, este nivel es extraordinariamente bajo. Entre los países de ingreso mediano el promedio global para el gasto de *R&D* en 2005 fue de solo 0.94 por ciento, mientras que el promedio de los países *OECD* de ingreso alto fue de 2.32 por ciento.⁸ Es razonable esperar que un *Nadbank* revitalizado y expandido podría contribuir a tal gasto colaborativo de *R&D* si se ampliara su mandato, como otros lo han establecido en esta publicación.

También es importante para México introducir reformas que hagan el sistema *IP* más apropiado para el nivel de desarrollo actual del país, debido a que los esfuerzos para promover más innovación se llevarán un tiempo para dar fruto. Hasta que eso suceda, México debe:

1. Regular los acuerdos de licencias para poner un límite a las regalías, y eso podría también incluir un requerimiento firme de que la investigación patrocinada por el sector público sea licitada con base en la no exclusividad y a un costo bajo.
2. Limitar el alcance de las patentes e introducir un umbral más alto de novedad e inventiva como criterio para otorgar una patente farmacéutica.
3. Revertir las reformas introducidas en 2003-2004 sobre la obligación de las licencias para medicamentos y revisar el sistema de relación que se estableció entre la oficina de patentes y la secretaría de Salud.
4. Introducir un sistema *CL* más flexible y útil (como lo hizo Brasil).

La idea detrás de estas reformas es mantenerse en el dominio público y facilitar las habilidades de los actores públicos para tener acceso y uso del conocimiento. Estas políticas estarían complementadas por reformas a las leyes de competencia de México, para prevenir el abuso de los derechos de

⁸ Esta última cifra es más relevante, ya que México ha introducido un sistema de patentes como si el país tuviera un alto sitio dentro de la *OCDE*.

monopolio. Todas las reformas que aparecen más arriba podrían ser adoptadas sin cambiar el capítulo de *IP* del *TLCAN*, a pesar de que el primero requeriría de cambios en el apartado de inversión.

Reformas al *TLCAN*

Los aspectos más insignes del sistema de *IP* de México vienen de cómo es que México se excedió en sus obligaciones con el *TLCAN*. Por ejemplo, las reformas para los arreglos de licencia obligatoria y registro de medicamentos se introdujeron diez años después de que el *TLCAN* entró en vigor y no fueron requeridos por el *TLCAN*.⁹

Aun así, en dos importantes áreas relacionadas con lo farmacéutico, las cláusulas del *TLCAN* sobre patentes sí exceden las del *WTO/TRIP*, y esto debe ser revisado. La primera y la más simple se refiere a la importación paralela, que consiste en permitir que los productos patentados entren en el mercado una vez que los tenedores de las patentes han puesto los productos en el mercado en otro lugar. Así que, por ejemplo, si el tenedor de la patente ubica un medicamento en \$ 15/píldora en México y \$ 5/píldora en Bolivia, la importación paralela haría legal traerlas de Bolivia a México.¹⁰ *TRIP* permite la importación paralela, pero el *TLCAN* no.

Una segunda área de reforma concierne al requerimiento del *TLCAN* para que México otorgue patentes en proceso de desarrollo. Previamente a la aprobación de una nueva ley de patentes en 1991, México no otorgó patentes para los productos farmacéuticos. Esto significó que un medicamento que fue inventado en 1988, por ejemplo, no fue elegible para una patente en el momento en que era nuevo. El medicamento también sería inelegible para una patente en 1991, aun con la introducción de patentes farmacéuticas, debido a que no era nuevo. Ya que los medicamentos son patentados antes de que se asegure la autorización sanitaria para entrar el producto al mercado, el medicamento de 1988 en este ejemplo estaría atravesando pruebas clínicas en 1991, estaría en el proceso de desarrollo. El *TLCAN* no sólo obliga a los países a que otorguen patentes en proceso de desarrollo, también requiere que México ajuste los términos de las patentes cuando su fecha de expiración

⁹ Muchos de los tipos de reformas introducidos por México están en *RBTA* subsecuentes, pero el *TLCAN* no es un "TRIP Plus" en este sentido. Véase Shadlen, Kenneth C. (2005), "Policy Space for Development in the *WTO* and Beyond: The Case of Intellectual Property Rights", *Global Development and Environment Institute*, Working Paper No. 05-06 (November); Shadlen 2009a, forthcoming.

¹⁰ Hay que tener en cuenta que la importación paralela no significa que los medicamentos genéricos, como los medicamentos que se importan de esta forma, son los colocados en el mercado por el titular de una patente.

sea ajustada en el país donde se hizo la solicitud original para conseguirla. Reformar el sistema de patentes en proceso de desarrollo liberaría muchos medicamentos al dominio público.¹¹

Como se establece en otra parte de este reporte, las cláusulas *IP* del *TLCAN* también deberían permitir a las partes mayor flexibilidad para excluir del patentado a organismos vivos y permitir mayor protección y participación de los beneficios para las variedades de plantas nativas (ver los capítulos sobre agricultura y el medio ambiente).

Respuestas regionales

Los legisladores en los tres países que conforman el *TLCAN* deberían considerar la creación de un espacio de ciencia y tecnología regional genuino, algo parecido a un tratado *R&D* regional. Los elementos de una iniciativa así podrían incluir cláusulas que permitieran a los científicos mexicanos tener acceso a los fondos de Estados Unidos (por ejemplo *NIH*) y que los alumnos mexicanos tuvieran acceso a los doctorados de Estados Unidos y Canadá. Ciertamente, una investigación reciente sugiere que los intercambios académicos internacionales y las relaciones de este tipo proveen un empuje clave a la innovación en los países en desarrollo y en los países desarrollados,¹² así que esto pudiera ser un beneficio para Canadá también.¹³ Tal acuerdo puede también dirigir un porcentaje de las regalías y cuotas de licencia que México actualmente paga a un fondo que se aplica a la ciencia mexicana. Un Nadbank reforzado también podría prestar fondos a tales proyectos.

Tomadas en conjunto, estas sugerencias van de las reformas que el gobierno mexicano podría realizar de manera unilateral hasta algunas que involucran cambios en el *TLCAN* mismo. Ilustran lo que necesita emprenderse para hacer de la *IP* una herramienta en un México contemporáneo. Si deseamos que México se vuelva más innovador y que participe y se beneficie de la economía del conocimiento, no es suficiente crear un sistema *IP* apropiado para un país más desarrollado y esperar a que México crezca para que le quede a la medida. Acciones más proactivas –incluyendo el nivel regional– serán esenciales para crear un ambiente de *IP* más favorable para el desarrollo.

¹¹ A pesar de que esas dos reformas al *TLC* serían útiles, no se contemplan en el acuerdo de mayo de 2007 entre el Congreso y la *USTR*. También vale la pena señalar que las reformas al sistema de patentes en proceso de desarrollo tendría que pasar de inmediato a tener efecto nulo.

¹² Taylor, Mark Zachary (2009), "International Linkages and National Innovation Rates: An Exploratory Probe", *Review of Research Policy*, 26 (1-2), 127-149.

¹³ Esto podría ser similar a esquemas que operan en la Unión Europea.

El *TLCAN* y el medio ambiente: lecciones de México y más allá

Kevin P. Gallagher

El presidente de Estados Unidos, Barack Obama, y el jefe de la *USTR* (Office of the United States Trade Representative – Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos), Ronald Kirk, se han comprometido constantemente a reforzar las cláusulas sobre el medio ambiente del *TLCAN* en varias ocasiones. Luego de un rechazo inicial, el presidente de México, Felipe Calderón, y el primer ministro de Canadá, Stephen Harper, ahora expresan su interés por revisar las ramificaciones del medio ambiente del tratado. Este corto ensayo echa un vistazo al caso del registro del medio ambiente del *TLCAN* en México para subrayar la necesidad de una reforma más allá de las modestas medidas sobre el medio ambiente incluidas en el tratado del 10 de mayo y para proveer propuestas específicas que pueden ayudar al *TLCAN* a dar empuje a la sustentabilidad del medio ambiente a lo largo de América del Norte.

La necesidad de reforma

El *TLCAN* fue un tratado de comercio que sirvió de piedra angular en términos de conectar el comercio y el medio ambiente. El *TLCAN* fue el primer tratado de comercio significativo que incluyó cláusulas sobre el medio ambiente por medio de un acuerdo lateral y estableció instituciones paralelas para monitoreo y financiamiento. Estos logros han sido positivos, pero limitados.

Por un lado, el acuerdo lateral y las instituciones que le rodean gestionaron un nivel sin precedentes de diplomacia del medio ambiente trinacional y cooperación entre las partes. El acuerdo lateral del medio ambiente del *TLCAN* (Acuerdo de América del Norte sobre la Cooperación para el Medio Ambiente), creó una Comisión para el Medio Ambiente de América del Norte (*CEC*), que es en parte supervisada por un comité asesor público transparente y

representativo. Un logro concreto que parte de estos esfuerzos ha sido el establecimiento de una ley para el registro de liberación y transferencia de contaminantes en México, que es de un alcance más amplio que las leyes similares en Estados Unidos y Canadá.¹ El *CEC* también presume de un proceso de participación ciudadana donde terceros pueden presentar quejas identificando dónde es que ven violaciones de las leyes del medio ambiente en los tres países. Este proceso ha dado lugar a misiones en busca de hechos bastante interesantes que han hecho pública la contaminación en la costa y la contaminación genética del maíz en México. *CEC* también ha sido el anfitrión de un mecanismo de fondos innovador para las comunidades y los pequeños negocios para ayudarles a monitorear y cumplir con la ley del medio ambiente. Finalmente, otra institución colateral del *TLCAN* de importancia para el medio ambiente fue la creación del Banco de Desarrollo de Norte América (*Nadbank*) y la Comisión de Cooperación del Medioambiente Fronterizo. Estas instituciones patrocinan y monitorean proyectos de agua y limpieza en la región fronteriza de Estados Unidos-México.

En términos de la calidad del medio ambiente, el *TLCAN* no derivó en que México se volviera un paraíso de contaminación para las firmas estadounidenses sucias que buscaban regulaciones del ambiente más débiles, como muchos ambientalistas temían. Ciertamente, en algunos casos la inversión extranjera activada por medio del *TLCAN* trajo tecnologías limpias.²

Desafortunadamente, estos logros son excepciones, y no la regla. De acuerdo con los números del gobierno mexicano, el costo económico de la degradación del medio ambiente ha continuado promediando el 10 por ciento del *GDP* desde el *TLCAN*.³ Los residuos peligrosos y la contaminación del aire van en aumento. Ocho millones de toneladas de desechos peligrosos se generan cada año en México, pero México sólo puede absorber un millón de toneladas por año. Esto ha llevado a un gran amontonamiento y comercio ilegal de desechos peligrosos.⁴

La diversidad biológica y genética se ha visto cada vez más amenazada bajo el *TLCAN* por la inundación de importaciones y bioproductos. La expansión de la agricultura industrial orientada a la exportación ha tenido un

¹Winfield, Mark (2003), "North American Pollutant Release and Transfer Registries", en David Markell y John Knox (eds.), *Greening NAFTA: The North American Commission for Environmental Cooperation*. Stanford University Press.

²Gallagher, Kevin P. (2004), *Free Trade and the Environment: Mexico, NAFTA, and Beyond*, Stanford University Press

³*Sistema de cuentas económicas y ecológicas. Indicadores de síntesis: PIN ecológico*. Gobierno de México, INEGI

⁴Slocum, Rebecca (2009), "Rethinking Hazardous Waste Under NAFTA", Americas Program Policy Report, Washington, Center for International Policy

costo ambiental muy alto en la forma no sustentable de uso de agua, carga de nitrógeno y otros agroquímicos.⁵

El mal registro ambiental de México se ha debido a la falta de compromiso con la protección del medio ambiente por parte del gobierno de México en el periodo *postTLCAN*. Ciertamente se han reducido el gasto real y los niveles de inspección desde que el *TLCAN* entró en vigor.⁶ Un tema consistente a lo largo de este reporte es que el *TLCAN* va demasiado lejos para regular la autoridad del gobierno. En el caso de México, las reglas de inversión del *TLCAN* hicieron que fuera difícil mantener un sitio de desechos peligrosos. Finalmente, el acuerdo lateral sobre el medio ambiente del *TLCAN* e instituciones relacionadas carecen de la autoridad para abordar estos y otros problemas. Adicionalmente, las instituciones han estado limitadas de presupuesto y se han limitado a proyectos piloto muy interesantes en vez de mecanismos integrales trinacionales para enfrentar los temas del medio ambiente.

Principios generales y metas para la reforma

Para que los mercados funcionen eficientemente en las tres naciones, tanto las externalidades positivas como negativas necesitan estar incorporadas en los mecanismos de precios a lo largo de América del Norte. Dado que las externalidades no están incluidas en las decisiones de los actores privados en el mercado, los gobiernos son necesarios para actuar como la segunda mejor opción para corregir las fallas de los mercados. El *TLCAN* debe proporcionar un espacio de política apropiado para que los gobiernos puedan proveer los incentivos necesarios para internalizar las externalidades en la forma menos restrictiva para el comercio.

Cuatro principios generales deben guiar estas metas:

- El principio que el que contamina paga, siendo que aquellos responsables por la contaminación pagan por los costos de producción externos del medio ambiente.
- Un principio de precaución que afirma que las políticas deben tomar en cuenta la incertidumbre siguiendo los pasos necesarios para evitar los resultados que pudieran causar daños irreversibles.

⁵Vaughan, S. (2003), "The Greenest Trade Agreement Ever? Measuring the Environmental Impacts of Agricultural Liberalization", en J.J. Audley, *et al.* (eds.), *NAFTA's Promise and Reality: Lessons from Mexico for the Hemisphere*. Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace; Wise, Timothy A. (2008), "The Environmental Costs of Agricultural Trade Liberalization: Mexico-U.S. Maize Trade Under *NAFTA*", en Kevin P. Gallagher (ed.), *Handbook on Trade and Environment*, Northampton, Edward Elgar

⁶Schatan, Claudia y Jorge Carillo (2006), *El medio ambiente y la maquila en México: un problema ineludible*. United Nations, *CEPAL*.

- Acceso y participación de beneficios donde la acción de beneficiarse de una porción de las ganancias derivadas del uso de recursos biológicos y/o genéticos con sus proveedores originales y permitir a éstos el acceso a los recursos en cuestión.
- El derecho a saber en dónde los productores y los gobiernos comparten la información sobre el medio ambiente con sus poblaciones.

Recomendaciones de la política

Reparar el *TLCAN* para que pueda aumentar la sustentabilidad del medio ambiente a lo largo de América del Norte requerirá de una revisión de algunos de los componentes principales del *TLCAN*. Tal reforma va más allá del tratado del 10 de mayo ya mencionado a lo largo de este reporte. Congruentemente con el tratado del 10 de mayo, sin embargo, el acuerdo lateral del *TLCAN* sobre el medio ambiente necesitará ser un capítulo aparte del tratado que se adhiera al mismo mecanismo de cumplimiento y disputa que el *TLCAN*. Finalmente, las instituciones del medio ambiente del *TLCAN* necesitan ser reformadas e inyectadas de vigor.

Reglas de inversión

A pesar de que el *TLCAN* no causó que los inversionistas extranjeros llegaran en bandadas a México para explotar los más débiles estándares del medio ambiente en México, muchos inversionistas extranjeros no eran firmas modelo ambientales cuando decidieron ubicarse en México. Mientras que algunas firmas trajeron consigo estrictos estándares en la materia, otras fueron bastante laxas y no cumplieron con las leyes mexicanas.⁷ Además, en los tres países del *TLCAN* las firmas extranjeras retaron las leyes del medio ambiente afirmando que tales leyes eran similares a la expropiación o que estaban en violación del tratamiento de estándares mínimos acordado para los inversionistas extranjeros de acuerdo con el tratado.⁸ Un régimen reformado para América del Norte necesita dar a los tres gobiernos el espacio político para internalizar las externalidades del medio ambiente en todas las firmas dentro de sus fronteras, sin importar su origen nacional. Adicionalmente, los gobiernos y los ciudadanos deben tener el derecho de saber acerca del desempeño con el medio ambiente de todas las firmas en sus economías.

⁷Gallagher, Kevin P. y Lyuba Zarsky (2007), *The Enclave Economy: Foreign Investment and Sustainable Development in Mexico's Silicon Valley*, Cambridge, MIT Press

⁸Tollesfson, Chris (2002), "NAFTA's Chapter 11: The Case for Reform", *Choices*, 9, 48-58.

Son necesarias cinco mejoras generales para reparar el capítulo de inversión del *TLCAN*:

- a) Negociar una nota interpretativa para reforzar los casos recientes del *TLCAN* que afirman cómo es que la expropiación indirecta y un estándar mínimo de reglas de tratamiento no pueden sustituir las regulaciones genuinas del medio ambiente que internalizan las externalidades. Esto se puede lograr reconociendo formalmente los fallos del Methanex y Glamis bajo los tribunales del *TLCAN*.⁹
- b) Requerir declaraciones de impacto sobre el medio ambiente por parte de los inversionistas extranjeros antes de ubicarse en un país del *TLCAN*.
- c) Preservar la habilidad de los gobiernos para llevar a cabo revisiones de preestablecimiento donde los inversionistas potenciales sean evaluados en cuanto a sus prioridades sobre el medio ambiente y otros temas.
- d) Otorgarle a los gobiernos excepciones similares a las del artículo 20 del *GATT* para utilizar requerimientos de desempeño selectivo para asegurarse que las firmas extranjeras estén transfiriendo tecnologías y prácticas del medio ambiente.
- e) Establecer la cláusula del derecho a que los ciudadanos y los gobiernos tengan acceso a la información con respecto al desempeño ambiental de un inversionista.

Muchas de estas cláusulas han precedido los casos recientes del *TLCAN*, en la Organización Mundial del Comercio, los Tratados de Comercio Preferencial de Estados Unidos que han venido luego del *TLCAN* y en otros lugares. Los tribunales de inversión del *TLCAN* en los casos de Methanex y Glamis afirmaron que las naciones tienen el espacio de política para las leyes del medio ambiente legítimas. De acuerdo con el *WTO*, a los inversionistas extranjeros se les da un trato nada distinto al de los inversionistas domésticos y las reglas sobre la expropiación indirecta se encuentran ausentes. Los lineamientos de la *OECD* para las Empresas Multinacionales que fueron firmadas por separado por México, Canadá y Estados Unidos, reconocen la necesidad de las cláusulas para el derecho a saber y las declaraciones del impacto sobre el medio ambiente en las firmas extranjeras.¹⁰

⁹Véase Porterfield, Matthew (January 2004), "International Expropriation Rules and Federalism", *Stanford Environmental Law Journal*, 23 (3).

¹⁰*OECD* (2000), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Working Party on the *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Document No. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL. Consultado de [http://www.oelis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/NT00002F06/\\$FILE/JT00115758.PDF](http://www.oelis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/NT00002F06/$FILE/JT00115758.PDF)

Derechos de propiedad intelectual

Un *TLCAN* con nuevo vigor necesitará tener un régimen de derechos sobre propiedad intelectual que reconozca los distintos niveles de desarrollo entre sus partes y asegure que todas las partes pueden ubicar sistemas de innovación, tecnología y desarrollo de productos en una forma que sea sustentable para el medio ambiente. De acuerdo con el *TLCAN* y tratados similares en el hemisferio, ha habido un incentivo para las firmas privadas multinacionales ubicadas en Estados Unidos para monopolizar el conocimiento doméstico y tradicional y excluir a estos constituyentes del beneficio de la innovación y del desarrollo de los nuevos productos. También existe una creciente preocupación de que el régimen de propiedad intelectual le prohibirá a México desarrollar o emplear nuevas tecnologías limpias para un desarrollo que sea amistoso con el medio ambiente. Con respecto al medio ambiente, un nuevo régimen de propiedad intelectual para América del Norte:

- Requeriría que aplicaciones de patente divulguen la fuente y país de origen de recursos genéticos y biológicos.
- Requeriría que aplicaciones de patentes muestren evidencia de un consentimiento informado previo y una participación justa y equitativa de los beneficios para los patentes que traten con el uso de recursos genéticos o biológicos.
- Aseguraría que las reglas de la propiedad intelectual faciliten la transferencia de tecnologías limpias y que a las partes del tratado les sean otorgadas oportunidades equitativas para desarrollar nuevas tecnologías limpias.
- Reafirmaría el derecho de excluir plantas y animales de ser patentados y el uso de sistemas de protección *sui generis* para las variedades de plantas.

Muchas de estas cláusulas tienen precedente en la Organización Mundial del Comercio, Tratados de Comercio Preferencial de Estados Unidos que han venido después de *TLCAN*, y en otros lugares. El artículo 27.3(b) del tratado de Propiedad Intelectual relacionado con el comercio en el *WTO* les otorga a los países las flexibilidades para excluir a las plantas y los animales para la patentabilidad y le otorga a las naciones la flexibilidad para usar los sistemas *sui generis* de protección para las variedades de plantas, como lo hacen las cláusulas del *TLCAN* para la propiedad intelectual. En el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú y en el bosquejo del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos ambas partes acordaron en una

carta lateral en la que se explicita el consentimiento previamente informado y el acceso, así como la participación en beneficios para los recursos genéricos. Estableciendo compromisos como éstos sobre acceso y participación en los beneficios, parte del capítulo sobre la propiedad intelectual del *TLCAN*, que haría tales cláusulas más *fáciles* de hacer cumplir y ayudaría a aliviar algunas de las preocupaciones sobre bioprospección/biopiratería en México.¹¹ Las reglas de la propiedad intelectual y la transferencia y desarrollo de tecnología limpia son preocupaciones relativamente nuevas que no fueron muy debatidas durante las negociaciones del *TLCAN*, pero han comenzado a convertirse en preocupaciones principales bajo el *WTO*. Entre esas preocupaciones son asuntos claves el nivel que tendrán que pagar los países en desarrollo cómo México sobre los precios del monopolio para instalar las ya muy caras tecnologías de energía limpia y/o enfrentar obstáculos insuperables, si es que eligen desarrollar tecnologías de energía limpia indígena para adaptarse y combatir el cambio climático.¹²

Servicios

Como aparece en el capítulo de Robert Stumberg en este reporte, el *TLCAN* no extiende al sector de los servicios la cobertura ambiental limitada que se puede encontrar para los productos en el tratado. El caso que está en progreso con respecto al transporte de camiones es emblemático de las cláusulas sobre los servicios del *TLCAN* que choca de frente con la política ambiental. Los capítulos sobre servicios del *TLCAN* también pueden colisionar con esfuerzos a futuro para desplegar energía renovable y mitigar el cambio climático global.

Para reformar las cláusulas sobre los servicios del *TLCAN* para la política del medio ambiente, los legisladores deben plantear excepciones como las del artículo 20 del *GATT* para el comercio en servicios. El *TLCAN* podría proveer las excepciones que sean necesarias para proteger la moral pública, la vida y la salud y la conservación de los recursos no renovables. Comparado con el comercio de productos, el *TLCAN* no ofrece excepciones paralelas sobre el

¹¹ Hayden, Cori (2003), *When Nature Goes Public: The Making and Unmaking of BioProspecting in Mexico*, Princeton, Princeton University Press. For provisions in us *PTAs*: United States and Colombia, see Office of the United States Trade Representative (*USTR*). *Columbia FTA Final Text*. Consultado el 6 de agosto, 2009, from *USTR* Web site: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-fta/final-text>, for United States and Peru, see *USTR*. *Peru TPA Final Text*. Consultado el 6 de agosto de 2009 *USTR* Web <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>.

¹² Littleton, Matthew (2008), *The TRIPS Agreement and Transfer of Climate-Change-Related Technologies to Developing Countries*, United Nations Department of Economic and Social Affairs (*DAES*). *DAES* Working Paper No. 71, Doc. ST/ESA/2008/DWP/71. Disponible en http://www.un.org/esa/desa/papers/2008/wp71_2008.pdf.

trato nacional para las medidas que se relacionan con los servicios entre fronteras. Sin tales excepciones para salud y políticas del medio ambiente una disputa sobre el comercio basada en los capítulos de los servicios puede minar las excepciones para las medidas que regulan los productos.

Capítulo sobre el medio ambiente

El *TLCAN* fue un hito por haber incluido las cláusulas sobre el ambiente como parte del tratado. Sin embargo, muchos tratados *postTLCAN* han resultado con más poder para hacer cumplir este tipo de cláusulas y a la vez han tenido más alcance que el *TLCAN* mismo. Primeramente, el acuerdo lateral debe ser considerado como un capítulo independiente dentro del *TLCAN* y estar sujeto a las mismas partes del contrato que tiene que ver con el cumplimiento y resolución de disputas. A mayor responsabilidad, se necesitará un mandato más fuerte, así como fondos más grandes.

Son necesarias cinco mejoras generales para crear un capítulo sobre el medio ambiente del *TLCAN*:

1. Las cláusulas ambientales deben estar sujetas a las partes comerciales del tratado para su cumplimiento y resolución de disputas.
2. Se requiere que las partes mantengan, mejoren y efectivamente hagan valer un paquete de leyes y regulaciones básicas para el medio ambiente.
3. Reafirmar la precedencia –y ampliar la lista de éstos– de Tratados Ambientales Multilaterales (*MEA*) que las partes deberán instrumentar.
4. Comprometerse para gradualmente armonizar los estándares ambientales.
5. Expandir el mandato y los fondos para la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte.

La Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte ha sido reconocida por evaluaciones independientes y por organizaciones ambientalistas por su papel para impulsar iniciativas trinacionales sobre el medio ambiente de acuerdo con el *TLCAN*, tales como el registro de la liberación y transferencia de contaminantes. También ha sido reconocida por su naturaleza tripartita que otorga a la sociedad civil un rol de asesoría en cuanto al funcionamiento de la organización. Más importante aún, la comisión tiene un proceso de inclusión de ciudadanos por medio del cual organizaciones no gubernamentales pueden alegar el incumplimiento efectivo de las leyes ambientales. Tales alegatos pueden tener seguimiento por parte de la comi-

sión en la forma de registros factuales que han servido para avergonzar a aquellos que han incumplido y a la vez los ha hecho cumplir.¹³ La comisión también ha sido criticada por su falta de información y acopio de datos, y su mandato limitado para hacerse cumplir. Igualmente, ha sido provista con un presupuesto de nueve millones de dólares y no ha podido cambiar el curso de eventos ambientales en América del Norte.

Instituciones renovadas para el medio ambiente y el desarrollo

Para que el rol expandido de los temas ambientales de acuerdo con el *TLCAN* funcione y sea aceptado, los mecanismos existentes para el financiamiento de iniciativas ambientales en la región necesitarán ser reforzados. Como se encuentran, los fondos para las mejoras en el medio ambiente en México han estado en declive desde el *TLCAN*. Si las cláusulas ambientales del *TLCAN* son vistas como un mandato sin fundamentos habrá un gran rechazo o falta de habilidad por parte del gobierno de México para llevar a cabo esas cláusulas. Ciertamente, existe algo de evidencia de que tales percepciones persistieron cuando se firmó el *TLCAN*, que parcialmente explican por qué el récord ambiental bajo el *TLCAN* ha sido pobre en México.¹⁴

El *Nadbank* fue originalmente propuesto por economistas prominentes: Albert Fishlow, Sherman Robinson y Raúl Hinojosa-Ojeda.¹⁵ La idea era que la institución serviría al desarrollo regional y como banco de asistencia y ajuste para ayudar a armonizar el desarrollo en América del Norte. El *Nadbank* fue ciertamente establecido bajo el *TLCAN*, pero sólo con la finalidad de tratar con problemas ambientales en la frontera Estados Unidos-México. La organización estuvo plagada por mucho tiempo por dificultades y fue reformada por las administraciones de Bush y Fox en 2001, pero únicamente para fortalecer su mandato en los temas ambientales de la frontera Estados Unidos-México.

Un *Nadbank* revitalizado regresaría a su ideal original de ser un banco de desarrollo y facilitador de asistencia de ajuste, con el modelo de los fondos estructurales de la Unión Europea y el *BNDES* de Brasil. Con esa finalidad, el

¹³ Markell, David (2003), "Citizen Submission Process: On or Off Course", en David Markell y John Knox (eds.), *Greening NAFTA: The North American Commission for Environmental Cooperation*, Stanford University Press.

¹⁴ Deere, Carolyne y Daniel Esty (2002), *Greening the Americas: NAFTA's Lessons for Hemispheric Trade*, Cambridge, MIT Press.

¹⁵ Fishlow, Albert, Sherman Robinson y Raul Hinojosa-Ojeda (1991). "Proposal for a North American Regional Development Bank and Adjustment Fund", *Proceedings*, Federal Reserve Bank of Dallas, 15-23.

Nadbank tendría que ser recapitalizado por los gobiernos del *TLCAN* y ser capaz de vender los bonos y tomar participaciones en el capital para acumular fondos cuando esto fuera necesario.

En relación con el medio ambiente, en los tres países miembros del *TLCAN*, un *Nadbank* revitalizado tendría entre otras tareas:

- Apoyar las iniciativas agrícolas sustentables de baja escala.
- Proveer préstamos para pequeñas y medianas empresas (*SME*) para la innovación y para cumplir con regulaciones del medio ambiente.
- Proveer préstamos y apoyo financiero para infraestructura pública, desarrollo de energía renovable y proyectos de limpieza del medio ambiente.
- Apoyar sociedades públicas y privadas para investigación relacionada con el medio ambiente y actividades de desarrollo.
- Desarrollar y mantener un equipo de investigación activa que examine el medio ambiente, aspectos de desarrollo de los países del *TLCAN* y actividades del banco.

Este corto ensayo confirma las preocupaciones expresadas por el presidente, el Congreso y la sociedad civil de Estados Unidos: el *TLCAN* no ha cumplido con habilitar a los tres países para que puedan proteger su medio ambiente colectivo. Esta nota también confirma que mejorar la habilidad del *TLCAN* para lidiar con temas relacionados con el medio ambiente en la región requerirá de cambios generales a lo largo del tratado, así como el impulso de instituciones colaterales para el comercio, el medio ambiente y el desarrollo de América del Norte.

Reconsideraciones para los derechos laborales*

Christian Weller

La promoción de mayores derechos laborales por parte de Estados Unidos puede crear un campo de juego más nivelado e incrementar los ingresos mientras que quita algo de presión de los déficit de comercio de Estados Unidos. Por décadas, Estados Unidos ha acumulado grandes y aun crecientes déficit con el resto del mundo, incluyendo México, especialmente luego de la aprobación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*TLCAN*) en 1994. El total de estos déficit –de 5 por ciento del producto interno bruto desde la mitad de 2004– pudo contribuir a un estándar de vida mucho más bajo a futuro, ya que Estados Unidos eventualmente tendrá que pagar la deuda que contrajo para pagar esos déficit.

El comercio entre Estados Unidos y México se expandió con el *TLCAN*, pero en contra de las predicciones por parte de los promotores del tratado y de la teoría económica predominante, el *TLCAN* no produjo importantes incrementos en los salarios en México.¹

El acuerdo también creó desbalances entre sus participantes. Antes de que el *TLCAN* entrara en vigor, Estados Unidos disfrutaba de un excedente de comercio con México. En 1993, este excedente sumaba la cantidad de 1 700

* Este trabajo esboza ideas muy marcadas de Weller, C. y S. Zucconi (2008), *Labor Rights Can Be Good Trade Policy*, Washington, D.C., Center for American Progress. Esto también se ilustra en los resultados publicados en Weller, C. (2009a), “Could International Labor Rights Play a Role In U.S. Trade?”, *PERI Working Paper*, Amherst, MA, Political Economy Research Institute (*PERI*) en la University of Massachusetts, Amherst.

¹ La discusión se enfoca únicamente en la relación México-Estados Unidos desde que inició la primera preocupación acerca del déficit de tesoro de Estados Unidos. Los mismos argumentos, sin embargo, se deberían sostener acerca de la relación bilateral entre Canadá y México. Por otro lado, no es probable que la reforma laboral cambie la relación de comercio entre Estados Unidos y Canadá, ya que ambos países cuentan con instituciones laborales relativamente fuertes, al menos dentro del contexto internacional.

millones de dólares. En 1994, el primer año del *TLCAN*, Estados Unidos mostraba un excedente más pequeño de 1 300 millones de dólares, que muy pronto dio lugar a un masivo déficit. Para 2007, el déficit de comercio de Estados Unidos con México había llegado a 75 000 millones de dólares, lo que significa es una erosión de 4 386.4 por ciento en términos nominales. En comparación, el déficit de comercio con China sólo se deterioró por 1 024.8 por ciento durante el mismo periodo. La posición competitiva de Estados Unidos con México claramente quedó abatida desde que el *TLCAN* entró en efecto.

Pagar la deuda total acumulada para todos los déficit de Estados Unidos (al final de 2007, Estados Unidos debía 2.4 trillones de dólares a extranjeros de lo que tenía en bienes en el extranjero) se convertirá en algo muy costoso para el estándar de vida de Estados Unidos. Incumplir con esta deuda debido a una inflación más alta, lo que reduce el valor de los bienes en Estados Unidos, o a una moneda que está cayendo rápidamente, lo que le quita las bases al valor monetario de los bienes en Estados Unidos que tienen los inversionistas extranjeros, es desagradable y tendría serias consecuencias para el crecimiento económico de Estados Unidos a futuro. Debido a estas amenazas para con los estándares de vida a futuro, son necesarias nuevas políticas públicas para solucionar estos déficit no sustentables.

Los derechos del trabajo fueron mencionados en el tratado, pero de manera bastante débil y sin mecanismos fuertes para hacerlos cumplir no hubo esfuerzos colaterales para tratar con los derechos laborales en América del Norte. Reparar estas debilidades en el *TLCAN* y otros tratados de comercio de Estados Unidos sería bueno para el perfil de ingreso de nuestros socios económicos y ayudaría a reparar sus déficit.

Las metas generales de la reforma

Una parte integral de la estrategia de reforma es la promoción de derechos laborales que se puedan hacer cumplir, incluyendo –pero no limitándose a– negociarlos como parte del tratado de comercio, tal como el *TLCAN*. Un acercamiento alternativo será la creación de una clase media global, no simplemente para el beneficio de nuestros socios económicos, sino que tal clase media podría comprar más bienes y servicios de alto nivel de Estados Unidos.

Asimismo, mejores estándares laborales en México pueden impactar en las exportaciones e importaciones de Estados Unidos e incrementar la demanda de exportaciones de Estados Unidos al aumentar los ingresos de los trabajadores mexicanos. Mejores estándares laborales reducen la ventaja de costo

de producción en México, ya que a los trabajadores no se les puede seguir pagando tan mal. Este efecto debería contribuir con menores importaciones de México a Estados Unidos.

La reforma laboral en México por medio de las relaciones internacionales entre Estados Unidos y México, tiene por lo tanto, tres metas distintivas. Primero, la política pública necesita mejorar las instituciones que componen los derechos laborales que se pueden hacer valer, tales como la ley del trabajo, tribunales y sindicatos independientes, pero también las instituciones que están indirectamente conectadas con los derechos laborales, tales como educación. Segundo, los legisladores deben enfocarse en aumentar el estándar de vida de los trabajadores en México en relación con los que se tienen en Estados Unidos. Tercero, para lograr un incremento en la estabilidad económica en ambos países, la política pública necesita asegurarse de que mejores derechos del trabajador en México se traduzcan en un comercio estadounidense más balanceado.

Derecho laboral en los tratados de libre comercio: la necesidad de actualizar el *TLCAN*

Desde que empezó a operar el *TLCAN*, los derechos laborales se han vuelto una parte integral de la política de Estados Unidos, pero el tratado necesita ser actualizado para incluir muchas de las mejoras incluidas en tratados más recientes y expandirse sobre esos avances para cumplir la promesa de estándares de vida más altos en todos los países socios y para lograr un comercio más balanceado entre los socios económicos, especialmente México y Estados Unidos.

La integración de los derechos de trabajo en los tratados de comercio se centra en los así llamados estándares laborales básicos de la Organización Internacional del Trabajo (*ILO*) como un posible punto de referencia para la protección laboral. En junio de 1998, los miembros de la *ILO* adoptaron la Declaración de Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo. Los generalmente reconocidos estándares laborales básicos que aparecen en los tratados de comercio de varias formas se derivan de esta declaración. El siguiente listado subraya los más importantes derechos laborales que se encuentran en varios tratados de comercio de Estados Unidos que deben estar incluidos en *TLCAN* y en tratados de comercio a futuro.

Cuadro 1
DERECHOS LABORALES EXTENSIVOS
PARA ACUERDOS DE COMERCIO DE ESTADOS UNIDOS

-
- Libertad de asociación y protección del derecho para organizarse
 - Derecho a negociar de manera colectiva
 - Derecho a huelga
 - Prohibición de trabajos forzados
 - Protección laboral para niños y personas jóvenes
 - Estándares de empleo mínimos
 - Eliminación de la discriminación en el empleo
 - Pago equitativo para hombres y mujeres
 - Prevención de lesiones ocupacionales y enfermedades
 - Compensación en casos de lesiones y enfermedades ocupacionales
 - Protección de trabajadores migratorios
-

Con el *TLCAN* la mayoría de estos derechos no se pueden hacer valer, ya que son parte de un acuerdo lateral sobre el trabajo. La redacción de las cláusulas laborales en el *FTA* Estados Unidos-Jordania no era muy diferente de los estándares laborales incluidos en el *TLCAN*, pero su inclusión en el cuerpo del *FTA* Estados Unidos-Jordania dejó algunas de estas cláusulas sujetas a procedimientos para resolver disputas.² Como aparece en el *FTA*, los procedimientos de disputas llevan a las partes involucradas a un panel de finiquito, que produce un reporte no obligatorio de sus determinaciones. Si la disputa sigue sin resolver 30 días después de que el reporte se haya presentado, la parte afectada puede tomar cualquier acción y medida al respecto, incluyendo sanciones.³

Ahora que tenemos 15 años de perspectiva sobre el *TLCAN*, Estados Unidos, México y Canadá deben volver a dialogar acerca de sus experiencias con el *FTA*, manteniendo un énfasis en atender los temas laborales, tanto los

² Oficina del Representante del Tesoro de Estados Unidos [Office of the United States Trade Representative (*USTR*)] (2000), "Acuerdo entre Estados Unidos de América y el Reino Hachemita de Jordania para el establecimiento de un área de libre comercio", Consultado el 6 de agosto de 2009 *USRL* Web site: http://www.ustr.gov/webfm_send/1041.

³ Esto fue conocido de manera informal como el "standar de Jordan" durante la administración de Bush, pero, una carta alterna fue firmada por los gobiernos de Estados Unidos y Jordania en 2001, que estipulaba de forma general sanciones por disputas en los acuerdos. El 10 de mayo de 2007 se realizaron reformas subsiguientes que aparecieron en el acuerdo entre Perú y Estados Unidos, dejando los primeros nueve derechos en el cuadro ejecutivo. Bolle, M. J. (2003), "Jordan-U.S. Free Trade Agreement: Labor Issues", en *Congressional Research Service Report RL30652*, Washington, DC, Library of Congress; Elliot, K.A. (2003), "Labor Standards and the Free Trade Area of the Americas", *Institute for International Economics (IIE) Working Paper No. WP 03-7*, Washington, DC: Peterson Institute for International Economics.

que aún estén sin resolver como los que hayan surgido y de lo cual pudieran beneficiarse los tres. En particular, ese diálogo debe incluir “reforzar la capacidad para monitorear, adjudicar y proveer asistencia técnica por parte de las secretarías del trabajo con respecto al cumplimiento de los estándares de trabajo”,⁴ Idealmente, ese diálogo podría al final llevar a los países a reforzar la Comisión Laboral que fue creada como parte de un acuerdo lateral del *TLCAN*. El acuerdo lateral deber ser renegociado para incrementar los niveles de fondos, reforzar su mandato e incrementar la autoridad de la Comisión Laboral para que pueda resolver mejor los casos de derecho laboral.⁵

Más allá del *TLCAN*

Al reconsiderar el *TLCAN*, es importante tener en mente algunos temas adicionales. En vez de imponer una equivalencia con la ley de Estados Unidos, lo que crea una cantidad de problemas parciales, Estados Unidos “deber apoyar los métodos locales, impulsados por el país para desarrollar instituciones en el extranjero que promuevan los derechos laborales”.⁶ Y, para que se dé un progreso verdadero, los tratados internacionales deben contener estándares laborales concretos y fijar puntos de referencia para tener un registro del progreso a lo largo del tiempo. Los signatarios pasados y los actuales de los tratados de comercio con Estados Unidos están sujetos a una “obligación suave [moral]” para con los “principios” que subrayan los estándares de trabajo básicos reconocidos internacionalmente.⁷ En este aspecto, los tratados internacionales deben proveer signatarios con las herramientas para aportar incentivos positivos en la elección de rutas hacia mejores estándares de trabajo e incentivos negativos, incluyendo sanciones, cuando no se cumpla con los estándares de referencia.⁸

Ésta es una meta muy alta para un involucramiento internacional y algo que es muy poco probable con sólo un tratado de comercio, sin mencionar

⁴Center for American Progress Mexico-U.S. Working Group (2009), *Transcending the Rio Grande: U.S.-Mexico Relations Need to Reach Beyond the Border*, Washington, DC, Center for American Progress.

⁵*Idem.*

⁶Samans, R. y J. Jacoby (2007), *Virtuous Circle: Strengthening Broad-Based Global Progress in Living Standards*, Washington, DC, Center for American Progress; Tarullo, D. (2007), *A Sensible Approach to Labor Standards*, Washington, DC, Center for American Progress; Barenberg, M. (2007), “Labor Rights in the U.S.-Peru Agreement: One Step Forward, Two Steps Back?” (unpublished manuscript), New York, NY, Columbia Law School; USTR (2006). United States-Peru Trade Promotion Agreement, consultado el 6 de agosto de 2009 de URL Web site: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>.

⁷Tarullo (2007).

⁸Barenberg (2007).

la renegociación de uno que ya existe. En vez de eso, Estados Unidos necesita ampliar su nivel de involucramiento con México y Canadá para invertir en estándares de trabajo mejorados en México por medio de vías adicionales. Algo particularmente relevante puede ser la capacitación y desarrollo de habilidades de aquellos involucrados en la realización actual de los derechos laborales: negociadores laborales, mediadores de la supervisión laboral y jueces del derecho laboral. Mucho de esto ya está sucediendo por medio de la cooperación de los sindicatos del trabajo de Estados Unidos y sectores del gobierno del mismo país, tales como el Servicio de Conciliación y Mediación Federal (*FMCS*). La política pública, por lo tanto, debe apoyar los esfuerzos actuales y ayudar a incrementar tales actividades donde hayan comprobado ser efectivas.

De manera similar, Estados Unidos debe ayudar a reforzar los programas del seguro social de México y promover la construcción de lo que es la institución dentro del país. Estas acciones ayudarían a proteger y promover el nivel de vida de los trabajadores mexicanos y sus familias y crearía un ambiente más atractivo para la inversión privada.⁹ Esto también sería un uso productivo de recursos de Estados Unidos, que incrementaría el potencial de ganancias de una relación de comercio con México.

El impacto de mejores derechos laborales en el comercio estadounidense

Estas reformas impulsarían los ingresos mexicanos y recortarían el déficit comercial de Estados Unidos. La combinación de todos los factores que resultan de mejores estándares laborales señalan el camino a más bajos déficit comerciales para Estados Unidos.

Las exportaciones deben incrementarse debido a que los estándares más altos de vida en el extranjero y las importaciones deberían disminuir conforme los productores en el extranjero tengan que enfrentar mayores costos de producción, aun si parte del costo adicional que se ve ajustado por niveles de producción más altos. La teoría económica y las evidencias sugieren que los estándares laborales pueden jugar un rol en la creación de un comercio internacional más balanceado y por lo mismo debe ser tomado en serio como parte de una agenda de política económica internacional de carácter general.

Pero, ¿en realidad se sostienen estas hipótesis? Una investigación de datos sobre el comercio de Estados Unidos con otros países muestra que el comercio de Estados Unidos ciertamente se volvería más balanceado si Estados

⁹Samans y Jacoby (2007).

Estados Unidos comerciara con países que tengan derechos laborales fuertes y menos con países que cuenten con derechos del trabajador deficientes.¹⁰

Simplemente, el déficit de comercio de Estados Unidos ha crecido más lentamente con los países que tienen estándares laborales más fuertes. Entre 2000 y 2007,¹¹ el espacio entre las exportaciones de Estados Unidos y sus importaciones se amplió más rápido para los países con derechos laborales limitados o no existentes que para los países que cuentan con algunos o con muy fuertes derechos laborales. Específicamente, en promedio las exportaciones de Estados Unidos sumaron 74.5 por ciento de las importaciones provenientes de Estados Unidos en los países con algunos o con fuertes derechos laborales en 2000, y un déficit de comercio más bajo, comparado con una tasa promedio de 36 por ciento, –y por lo tanto, un déficit de comercio más amplio– para los países con protección laboral limitada o no existente.

Además, el comercio con países menos industrializados con poca o ninguna protección para el trabajador ha contribuido sustancialmente al incremento en el déficit del comercio estadounidense desde 2000 hasta 2007. Si Estados Unidos sólo hubiera comerciado con economías menos industrializadas que tuvieran algunos o fuertes derechos laborales, durante esos años, el déficit de comercio en 2007 hubiera sido de 123 billones (1 230 millones) de dólares menos de lo que en realidad fue.

Además, las exportaciones de Estados Unidos han sido mayores cuando los derechos de los trabajadores son más fuertes. En 2000, las exportaciones a los países con fuertes, o algunos derechos para los trabajadores, fueron de 182.3 por ciento mayores que las exportaciones de Estados Unidos a países sin, o con derechos limitados para los trabajadores. En 2007, la diferencia fue de 93.5 por ciento. La relación entre los derechos de los trabajadores y las exportaciones de Estados Unidos sigue siendo robusta en un análisis multivariado.¹²

Los derechos laborales más fuertes han sido asociados con menos importaciones para Estados Unidos. Dichas exportaciones aumentaron entre 2000 y 2007 para los países con derechos laborales limitados o no existentes que para los países con algunos, o con fuertes derechos laborales. La relación entre los derechos de los trabajadores y las importaciones de los trabajadores y las importaciones de Estados Unidos, desaparece en un análisis multi-

¹⁰Todos los resúmenes de datos descriptivos se refieren a cálculos presentados en Weller y Zucconi (2008) y Weller, C. (2009b), “You Can Have Your Cake and Eat It, Too: Good Worker Rights Abroad Go Hand-in-Hand with More Balanced U.S. Trade”, *Challenge* (Enero/Febrero).

¹¹Todos los datos descriptivos se refieren al periodo 2000-2007, ya que es un ciclo de negocios completo de Estados Unidos y ya que los datos para ciclos de negocios anteriores no están completos.

¹²Weller (2009a).

variado, lo que sugiere que el análisis descriptivo recogió alguna correlación engañosa con otra variable determinante. Dicho de otra manera, el beneficio primario de la promoción de los derechos laborales alrededor del mundo, incluyendo México, surgiría de estándares de vida más altos en el extranjero, incluyendo México, y por lo tanto el potencial para más exportaciones de Estados Unidos.

¿Son estas tendencias lo suficientemente fuertes como para que importen? Un simple cálculo muestra que el déficit de comercio hubiera sido de 123 billones (1 230 millones) de dólares menos de lo que fue si Estados Unidos sólo hubieran comerciado con países que tienen algunos, o fuertes derechos para los trabajadores. Otra forma de responder a esta pregunta es considerando una regresión basada en la simulación. Este análisis muestra que en promedio las exportaciones reales de Estados Unidos hubieran sido aproximadamente tres veces mayores si los ingresos y los precios de exportación relativos en los países sin, o con pocos derechos para los trabajadores, hubieran sido similares a los ingresos y precios de exportación relativos en los países con algunos, o con fuertes derechos para los trabajadores. Al mismo tiempo, las importaciones de Estados Unidos hubieran permanecido en gran parte sin cambio si los ingresos y precios de importación relativos en los países con pocos, o sin derechos para los trabajadores se hubieran vuelto similares a los ingresos y precios de importación relativos con algunos, o con fuertes derechos para los trabajadores. Sin importar cómo es que se manejen los datos, los resultados son robustos e indican que el déficit de comercio de Estados Unidos hubiera sido menor si se hubiera involucrado más en promover los derechos de los trabajadores. Esto muestra principalmente que los estándares de vida más altos en el extranjero pueden contribuir a más exportaciones de Estados Unidos, mientras que las importaciones se ven menos afectadas por mejores estándares laborales en el extranjero.

Migración bajo el *TLCAN*: exportación de bienes y gente

Rodolfo García Zamora

La promesa en el inicio del *TLCAN* era que la prosperidad económica haría posible que México “exportara productos, no gente”. Aun así, la migración de México a Estados Unidos se ha más que duplicado desde entonces, impulsada por una débil creación de empleos en México y una fuerte demanda de mano de obra migrante en Estados Unidos, y sin ser desviada por la expansión de medidas de control fronterizo. El *TLCAN* desreguló el comercio de productos, servicios e inversiones, pero no el trabajo. Es poco probable que este tema sea atendido en las siguientes reformas del *TLCAN*, pero algunas medidas pueden marcar la diferencia. El gobierno mexicano necesita hacer de la creación de empleos la principal prioridad en sus políticas económicas, con un énfasis especial en las regiones que sufren depresión. Las instituciones financieras regionales, tales como un Banco de Desarrollo de América del Norte (*Nadbank*) revitalizado, deben asistir en esos esfuerzos. Las reformas a las cláusulas agrícolas del *TLCAN*, mencionadas en otra sección, pueden aminsonar el relativamente reciente flujo del campo mexicano. Las reformas hechas a las cláusulas del derecho laboral del *TLCAN* deben incluir protección a los derechos de los migrantes. Finalmente, Estados Unidos necesita una reforma migratoria exhaustiva que discriminalice el flujo de los trabajadores, que es el resultado directo de las políticas económicas lideradas por el *TLCAN*.

La necesidad de reforma

Uno de los argumentos principales hecho cuando se hizo la propuesta del *TLCAN* fue que el libre comercio reduciría la migración mexicana a Estados Unidos. El libre comercio promovería la inversión, crearía trabajos, incrementarían el ingreso de los mexicanos y traería una convergencia económica

entre los dos países que a su vez reduciría el flujo de mexicanos a Estados Unidos.¹ A diferencia de los mercados de productos, servicios y capital, el flujo de mano de obra explícitamente no fue liberado con el *TLCAN*.

Los resultados han sido muy claros: la migración mexicana a Estados Unidos se ha más que duplicado, de acuerdo con una demanda laboral muy fuerte en Estados Unidos y una débil creación de nuevos empleos en México. La gran mayoría de la migración fue ilegal. El gobierno de Estados Unidos, particularmente después del 11 de septiembre de 2001, incrementó la protección de la frontera, lo que pudo haber desviado a algunos migrantes pero que también animó a quedarse a aquellos que lograron llegar a Estados Unidos en vez de continuar con lo que se había convertido en una tradición de migración estacional. Así que, en vez de “exportar productos, no gente”, México exportó ambos en cantidades cada vez mayores a partir del *TLCAN*.

Desde mediados de los noventa, la migración a Estados Unidos creció de manera estable hasta 2007.² Entre 2000 y 2006, un estimado de 575 000 mexicanos emigraron cada año. El banco mundial pone la cifra aún más alta: 644 000.³ Los cálculos indican que en 2008, 12 millones de habitantes de México vivían en Estados Unidos, la mitad de ellos en una situación de migración indocumentada. Surgieron nuevos patrones migratorios. Las mujeres se convirtieron en el 45 por ciento de toda la migración.⁴ Un creciente número de migrantes vino de las áreas rurales que quedaron muy golpeadas por los impactos del *TLCAN* en el campo mexicano. Los estados que tenían un nivel migratorio históricamente limitado como Oaxaca, Puebla, Guerrero, Morelos, Estado de México y la Ciudad de México, se convirtieron en los estados de mayor envío. Yucatán y Chiapas, de donde había muy poca migración hasta los ochenta, ahora tienen importantes redes migratorias en el área de la bahía de San Francisco, Georgia y Florida.

La migración entre México y Estados Unidos es compleja, con un largo historial que inicia al final del siglo XIX y con raíces estructurales en ambos lados de la frontera. El *TLCAN* aceleró las tendencias que siempre han impulsado la migración mexicana: la persistente demanda de mano de obra mexi-

¹Alba, Francisco (2008), “La economía mexicana y la migración de México a Estados Unidos. Una perspectiva macro”, en Agustín Escobar y Susan F. Marint (eds.), *La gestión de la migración México-Estados Unidos: Un enfoque binacional*, México, Instituto Nacional de Migración-Centro de Estudios Migratorios de CIESAS-Equilibrista.

²García Z. Rodolfo (2009), “La migración mexicana y el Tsunami financiero de Estados Unidos”, *Ola Financiera*, 3 (mayo-agosto), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Económicas.

³“Reporte de migración. BM: México campeón expulsor de trabajadores”, *Milenio*, 24 de enero, 2008.

⁴Juan Balboa (2007), “En el sexenio foxista 3.4 millones de mexicanos expulsados a EU”, *La Jornada*, 4 de marzo.

cana en los sectores agrícola, industrial y de servicios de Estados Unidos; la considerable diferencia en los salarios entre las dos economías; el crecimiento demográfico de la población en edad de trabajar de México; una débil creación de empleos en México; y fuertes redes migratorias entre ambos países, redes que se vuelven cada vez más fuertes conforme se incrementa la migración.⁵

Con el *TLCAN*, Estados Unidos comenzó lo que se convertiría en la más grande en la historia de la nación. Esto mantuvo la demanda de mano de obra mexicana muy alta. Mientras tanto, las penas económicas de México se exacerbaban inmediatamente después de que el *TLCAN* entrara en vigor debido a la crisis del peso y el incremento los factores que llevan a la migración. En la crisis de 1994-1995 el ingreso nacional se contrajo en 6 por ciento.⁶ Los flujos migratorios resultantes representan una acusación muy fuerte de la lógica económica detrás del *TLCAN*. La criminalización de la migración y la militarización de la frontera Estados Unidos-México, continúa cobrando un alto precio a las familias mexicanas.

Áreas principales para la reforma

Las realidades políticas hacen poco probable que las raíces del problema migratorio sean atendidas. Eso requeriría al menos la desregulación parcial de los flujos laborales para que se movieran junto con los productos liberalizados y los mercados de capital. Aun así, importantes medidas pueden tomarse para garantizar los derechos humanos y laborales básicos para los migrantes mientras se atienden los factores que llevan a que los mexicanos dejen su país.

Esto tiene que ver con atender las asimetrías entre México y sus socios comerciales de América del Norte, un proceso que requerirá un compromiso de recursos también a largo plazo.

Reformas para el *TLCAN*

Desde que la migración quedó fuera del *TLCAN*, las reformas al acuerdo que pueden ayudar a atender el tema son aquellas que pueden impulsar el de-

⁵Tuirán, Rodolfo Virgilio Partida y José Luis Ávila (2000), "Las causas de la migración hacia Estados Unidos", en Rodolfo Tuirán (ed.), *Migración México-Estados Unidos. Presente y Futuro*, México, Consejo Nacional de Población.

⁶García Z. Rodolfo (2005), *Migración, Remesas y Desarrollo. Los retos de las organizaciones migrantes mexicanas en Estados Unidos*, Ph.D. Thesis in Development Studies, Universidad Autónoma de Zacatecas, Colección Ángel Migrante.

sarrollo económico y la creación de empleos en México, mientras que garantizan los derechos de los migrantes. Éstas se discuten en otras partes de este documento, así que aquí únicamente se hace un listado:

- Derechos laborales. La incorporación de los derechos del trabajo acordados en la Convención de la *ILO*, conforme al tratado del 10 de mayo en Estados Unidos, debe ser extendida para incluir los derechos de los migrantes. Los trabajadores en los tres países se ven perjudicados por la existencia de un grupo muy grande con derechos limitados.
- Creación de empleos. La manufactura, el enclave de la naturaleza de inversión extranjera, ha generado pocos nuevos empleos. El gobierno mexicano necesita el espacio político para dirigir la inversión de tal manera que maximice la creación de empleos y asegure que la inversión extranjera estimule el desarrollo económico dinámico en las áreas en las que más hace falta.
- Protección para los agricultores. La agricultura sigue siendo un empleador importante en México, y el *TLCAN* ha impactado a los agricultores en pequeña escala severamente, al provocar a una migración incrementada de las áreas rurales. México necesita fortalecer el derecho de proteger y apoyar a los agricultores de pequeña escala, como se define en el capítulo de agricultura de este reporte.

Reformas para las políticas de gobierno

Estados Unidos necesita reformar sus políticas migratorias de manera fundamental. Se encuentra más allá del alcance de este capítulo atender las complejidades del debate migratorio de Estados Unidos. Es suficiente decir que la reforma debe llevar a la discriminación de la migración y a un mayor respeto de los derechos del migrante. Esto puede incluir –pero no limitarse a ello– un programa de trabajo temporal amplio.

El gobierno mexicano, por su parte, necesita revisar la estrategia de desarrollo económico; debe establecer un Plan de Migración y Desarrollo coherente para guiar las políticas públicas. El plan debe dar prioridad al desarrollo social y económico para reducir las presiones migratorias.⁷ Dicho plan debe incluir:

⁷García Z. Rodolfo *et al.* (2008), “Migración internacional y políticas públicas alternativas en México”, *Sin Fronteras IAP: Cambiando perspectivas: De la gestión de flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo*, México, Social-Miguel Ángel Porrúa.

- *Desarrollo regional.* El gobierno necesita estimular el desarrollo en las muchas regiones del país que se están quedando atrás, áreas que constantemente son la fuente de nuevos migrantes.
- *Políticas macroeconómicas procedimiento.* México necesita adoptar las políticas macroeconómicas que estimulen el crecimiento y que creen nuevos empleos. Las políticas en la era de *NAFTA* han sido muy restrictivas.
- *Políticas que promueven el alza en los salarios y los ingresos en el campo.* La mejor forma de estimular el crecimiento en México es asegurar que los más pobres vean ingresos que vayan en aumento como resultado de su trabajo. Esto puede ayudar a vencer los espacios entre los salarios y los estándares de vida de Estados Unidos y México, las diferencias que contribuyen a las presiones migratorias.

Reformas para las instituciones regionales

El *TLCAN* vinculó como socios comerciales a países con grandes disparidades en desarrollo económico. La esperanza era que tales asimetrías serían reducidas por medio de un crecimiento guiado por el comercio. Esto no ha sucedido. Como otros en este reporte lo han enfatizado, estas asimetrías necesitan ser atendidas en un nivel regional. Robert Pastor, entre otros, ha expresado que el asunto de la migración no será resuelto sin un “Plan Marshall” para el desarrollo en México. Él solicita fondo de un desarrollo regional con un plan de diez años para enfrentar estas asimetrías, con atención particular para las regiones subdesarrolladas en México. Mientras que Estados Unidos y Canadá necesitarían aportar la gran mayoría de los fondos, el gobierno mexicano necesitaría llevar a cabo una reforma –que lleva mucho tiempo en espera– de su sistema tributario para ubicar al Estado en una posición más fuerte para impulsar el desarrollo.⁸ Un *Nadbank* revitalizado podría ser un buen vehículo para tal fondo de desarrollo, como también otros en este reporte lo han argumentado.

A largo plazo, sólo una estructura de desarrollo regional reducirá los flujos masivos migratorios de mexicanos hacia Estados Unidos. Si América del Norte se mueve exitosamente hacia una prosperidad compartida, habrá mayor posibilidad de alcanzar un acuerdo con respecto a la movilidad ordenada de trabajadores.

⁸Pastor, Robert (2006), “Strategies for Addressing Migration and Development in North America”, Presentation for conference *Trans-Border Migration and Development: Promoting Economic Opportunities in Mexico and Border Region* (octubre), San Diego, Trans-Border Institute, University of San Diego.

Sobre los autores

Enrique Dussel Peters es profesor en la Escuela de Graduados de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Coordina el Centro de Estudios China-México (CECHIMEX) de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sus publicaciones incluyen: *Polarizing Mexico: The Impact of Liberalization Strategy* (Lynne Rienner Publishers, 2000); *Inversión extranjera directa en México: desempeño y potencial. Una perspectiva macro, meso, micro y territorial* (2007, con Michael Mortimore, Luis Miguel Galindo Paliza y Eduardo Loría); *Economic Opportunities and Challenges Posed by China for Mexico and Central America* (Bonn, 2005, con la asistencia de Liu Xue Dong); *China y México: implicaciones de una nueva relación* (2007, con Yolanda Topanga Delfín); *Oportunidades en la relación económica y comercial entre China y México* (Mexico, 2007).

Kevin P. Gallagher es profesor de relaciones internacionales en la Universidad de Boston y dirige el *Global Economic Governance Initiative* en el *Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer Range Future*. También es investigador en el *Global Development and Environmental Institute de Tufts University*. Es autor de *The Enclave Economy: Foreign Investment and Sustainable Development in Mexico's Silicon Valley* (con Lyuba Zarsky), y *Free Trade and the Environment: Mexico, NAFTA, and Beyond*. Es editor y coeditor de un grupo de libros, incluyendo *Rethinking Foreign Investment for Sustainable Development: Lessons from Latin America, and Putting Development First: the Importance of Policy Space in the WTO and IFIS*. Escribe una columna mensual para *The Guardian*.

Rodolfo García Zamora es profesor de estudios del desarrollo en la Universidad de Zacatecas en México. Experto en migración internacional, remesas y desarrollo. Sus libros incluyen: *Migración, remesas y desarrollo rural* (Univer-

sidad de Zacatecas, 2005); *Migración internacional, remesas, y desarrollo local en América Latina y el Caribe* (editado con Manuel Orozco, 2009); *Cambiando perspectivas: de la gestión de flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo* (con Sin Fronteras, 2008). Profesor visitante en varias universidades y asesor del Secretario General de Iberoamérica.

Kenneth C. Shadlen es investigador asociado del *Globalization and Sustainable Development Program* de GDAE y profesor asociado de estudios de desarrollo en la *London School of Economics and Political Science*. Es coeditor de *The Political Economy of Hemispheric Integration: Responding to Globalization in the Americas* (Palgrave Macmillan, 2008) y el autor de *Democratization Without Representation: The Politics of Small Industry in Mexico* (Penn State University Press, 2004). Su investigación actual trata la política de la propiedad intelectual (IP) y la integración del norte y el sur, enfocándose en las implicaciones del nuevo régimen global de la IP sobre la industrialización y la salud pública (especialmente el tratamiento del VIH/SIDA) en el mundo en desarrollo. El título de su nuevo libro es *The New Politics of Intellectual Property in Latin America*.

Robert K. Stumberg es profesor de derecho en *Georgetown University Law Center*, donde también dirige el *Harrison Institute of Public Law*. El instituto es un programa de enseñanza y servicio que trabaja con representantes públicos y organizaciones sin fines de lucro. Sus puestos anteriores incluyen el de Director de Políticas en el *Center for Policy Alternatives* y consejero legislativo para el condado de Montgomery, MD. Recientemente ha estudiado el impacto de los tratados de comercio en el gobierno estatal y local, que incluye la energía, servicios de agua, medicamentos, derechos de la inversión extranjera y subsidios agrícolas. El trabajo del profesor Stumberg sobre la política del comercio incluye: *Procurement and Decent Work* (OIT, 2009); *The WTO, Services and the Environment* (in *Handbook on Trade & Environment*, Kevin Gallagher, ed., 2008); *GATS & Electricity* (NCSL 2005); *Federalism and Political Accountability Under Global Trade Rules* (Publius, 2001, con Matthew Porterfield); *Preemption & Human Rights* (Law & Policy in International Business, 2000); *International Investors Rights & Local Economic Development* (1999, con William Schweke); y *Sovereignty by Subtraction: The Multilateral Agreement on Investment* (Cornell Journal of International Law, 1998).

Gus Van Harten es profesor en *Osgoode Hall Law School* de la *York University* en Toronto, Canadá. Su investigación se especializa en la ley de inversión internacional y derecho administrativo. Su libro, *Investment Treaty and Public Law* (Oxford University Press, 2007), ofrece una crítica del sistema de arbitraje de inversión y sus implicaciones para el espacio de política como un

acuerdo de gobierno. También aboga por establecer un tribunal de inversión regional basado en principios institucionalizados de independencia judicial para atender percepciones de subjetividad pro-inversionista en el arbitraje de la inversión. Ha publicado artículos sobre la ley de la inversión en el *International and Comparative Law Quarterly*, el *European Journal of International Law*, el *Review of International Political Economy*, *Arbitration International* y ha contribuido algunos capítulos sobre el tema en varios trabajos conjuntos y en conferencias. También realiza investigaciones en el proceso de investigaciones públicas y en los procedimientos cerrados en el contexto de seguridad nacional.

Christian E. Weller es miembro principal en el *Center for American Progress* y profesor asociado de política pública de la Universidad de Massachusetts en Boston. Su especialidad es en el área de seguridad del ingreso para el retiro, macroeconomía, dinero y el ámbito bancario y el financiamiento internacional. También es investigador en el *Political Economy Research Institute* de la Universidad de Massachusetts Amherst y miembro institucional en el *University of Massachusetts Gerontology Institute*. Previo a unirse al centro fue miembro de investigación en el *Economic Policy Institute*, donde él sigue siendo un miembro del equipo de investigación. Coautor (con E. Wolff) del *Retirement Income: The Crucial Role of Social Security* (Washington, Economic Policy Institute, 2005) y coeditor (con T. Ghilarducci) de *Employee Pensions: Policies, Problems and Possibilities* (Ithaca, NY, Cornell University Press, 2007). En el 2006 le fue otorgado el *Outstanding Scholar Practitioner Award* del *Labor and Employment Relations Association*.

Timothy A. Wise es director del *Research and Policy Program* en el *Global Development and Environment Institute*, Tufts University, donde él también dirige el *Globalization and Sustainable Development Program*. Su investigación principal es sobre el impacto de la liberalización comercial en los hogares rurales. Ha escrito ampliamente sobre las políticas agrícolas y comerciales de Estados Unidos, particularmente sobre el papel de los subsidios para la agricultura ante la disminución de los precios de los insumos internacionales. Coautor de *Confronting Globalization: Economic Integration and Popular Resistance in Mexico* (Kumarian Press, 2003) y coautor de *A Survey of Sustainable Development: Social and Economic Dimensions* (Island Press, 2000). Previo a unirse al *Global Development and Environment Institute* dirigió la agencia de ayuda internacional, *Grassroots International*.

Índice

AGRADECIMIENTOS	5	
LISTA DE SIGLAS	7	
EL FUTURO DE LA POLÍTICA DE COMERCIO EN AMÉRICA DEL NORTE		
LECCIONES DEL TLCAN		
<i>Kevin P. Gallagher, Timothy A. Wise</i>		
y <i>Enrique Dussel Peters</i>		9
Resumen ejecutivo	9	
La necesidad de la reforma	11	
Propuestas para la reforma	13	
Resumen de los capítulos	14	
SERVICIOS DEL TLCAN Y CAMBIO CLIMÁTICO		
<i>Robert K. Stumberg</i>		19
Necesidad de reforma	21	
Servicios ambientales de energía y clima.....	25	
Principios generales y metas para la reforma	34	
COMPETITIVIDAD EN LA MANUFACTURA:		
HACIA UNA AGENDA DE DESARROLLO REGIONAL		
<i>Enrique Dussel Peters</i>		37
Condiciones actuales		
en el sector manufacturero de México	38	
Manufactura en descenso	39	

Los principios generales para la agenda de competitividad y desarrollo en la región del <i>TLCAN</i>	41
Instrumentos y políticas específicos	42
REFORMANDO LAS CLÁUSULAS AGRÍCOLAS DEL <i>TLCAN</i>	
<i>Timothy A. Wise</i>	45
La necesidad de reforma	45
Principios generales y metas para la reforma	47
Instrumentos, políticas y cláusulas recomendados.....	48
REFORMANDO EL RÉGIMEN DE INVERSIÓN DEL <i>TLCAN</i>	
<i>Gus Van Harten</i>	55
La necesidad de reforma	55
Principios generales y metas para la reforma	62
Instrumentos recomendados, políticas y cláusulas.....	63
PROPIEDAD INTELECTUAL PARA EL DESARROLLO EN MÉXICO	
<i>Kenneth C. Shadlen</i>	67
Necesidad de reforma	67
Reformas para la política mexicana	69
Reformas al <i>TLCAN</i>	72
Respuestas regionales.....	73
EL <i>TLCAN</i> Y EL MEDIO AMBIENTE: LECCIONES DE MÉXICO Y MÁS ALLÁ	
<i>Kevin P. Gallagher</i>	75
La necesidad de reforma	75
Principios generales y metas para la reforma	77
Recomendaciones de la política	78
Derechos de propiedad intelectual	80
RECONSIDERACIONES PARA LOS DERECHOS LABORALES	
<i>Christian Weller</i>	85
Las metas generales de la reforma	86
Derecho laboral en los tratados de libre comercio:	
la necesidad de actualizar el <i>TLCAN</i>	87
Más allá del <i>TLCAN</i>	89
El impacto de mejores derechos laborales en el comercio estadounidense	90

MIGRACIÓN BAJO EL TLCAN: EXPORTACIÓN DE BIENES Y GENTE	
<i>Rodolfo García Zamora</i>	93
La necesidad de reforma	93
Áreas principales para la reforma.....	95
Reformas para el TLCAN.....	95
Reformas para las políticas de gobierno	96
Reformas para las instituciones regionales	97
SOBRE LOS AUTORES.....	99

COLECCIÓN
Desarrollo y Migración
DIRECTOR: RAÚL DELGADO WISE

TÍTULOS PUBLICADOS

¡Yo soy de San Luis Potosí!... con un pie en Estados Unidos

FERNANDO SAÚL ALANÍS ENCISO
(Coordinador)

Alma de migrante

TOMÁS SERRANO AVILÉS • YESENIA GARCÍA NÁJERA

Clandestinos.

Migración México-Estados Unidos en los albores del siglo XXI

JORGE DURAND • DOUGLAS S. MASSEY

Del arraigo a la diáspora. Dilemas de la familia rural

PATRICIA ARIAS

Detrás de la trama. Políticas migratorias entre México y Estados Unidos

DOUGLAS S. MASSEY • JORGE DURAND • NOLAN J. MALONE

*Doméstica. Trabajadoras inmigrantes a cargo de la limpieza y el cuidado
a la sombra de la abundancia*

PIERRETTE HONDAGNEU-SOTELO

Educación y salud en los migrantes: México-Estados Unidos

GUILLERMO CAMPOS Y COVARRUBIAS
(Coordinador)

El futuro de la política de comercio en América del Norte. Lecciones del TLCAN

KEVIN P. GALLAGHER • TIMOTHY A. WISE • ENRIQUE DUSSEL PETERS

El país transnacional: migración mexicana y cambio social a través de la frontera

MARINA ARIZA • ALEJANDRO PORTES.

Encuentros disciplinarios y debates metodológicos.

La práctica de la investigación sobre migraciones y movilidades

LILIANA RIVERA SÁNCHEZ • FERNANDO LOZANO ASCENCIO
(Coordinadores)

Inmigración laboral africana en la Península Ibérica

CRISTÓBAL MENDOZA

La nueva California. Latinos en el Estado Dorado

DAVID E. HAYES-BAUTISTA

Los “encadenamientos migratorios” en espacios de agricultura intensiva

SARA MARÍA LARA FLORES
(Coordinadora)

Los malqueridos. Mexicanos en Estados Unidos, a finales del siglo XX

RODOLFO PALMA ROJO

Migraciones de trabajo y movilidad territorial

SARA MARÍA LARA FLORES
(Coordinadora)

Migración desde la Mixteca: una comunidad transnacional en Oaxaca y California

WAYNE A. CORNELIUS • DAVID S. FITZGERALD • JORGE HERNÁNDEZ-DÍAZ • SOTT BORGER
(Coordinadores)

Migración internacional, remesas y desarrollo local en América Latina y el Caribe

RODOLFO GARCÍA ZAMORA • MANUEL OROZCO
(Coordinadores)

Migración y creencias. Pensar las religiones en tiempos de movilidad

OLGA ODGERS ORTIZ • JUAN CARLOS RUIZ GUADALAJARA
(Coordinadores)

Migración y políticas públicas en el Caribe mexicano, hoy

M. SAÚL VARGAS PAREDES
(Coordinador)

Rancheros en Chicago: vida y conciencia en una historia de migrantes

PATRICIA ZAMUDIO GRAVE

Región migratoria. La construcción social de los migrantes jornaleros

VIRGINIA GUADALUPE REYES DE LA CRUZ

Salvando fronteras. Migración internacional en América Latina y el Caribe

KATHARINE M. DONATO • JONATHAN HISKEY • JORGE DURAND • DOUGLAS S. MASSEY
(Coordinadores)

Tonatico Social Club: migración, remesas y desarrollo

PABLO CASTRO DOMINGO.

Travesías eróticas. La vida sexual de mujeres y hombres migrantes de México

GLORIA GONZÁLEZ-LÓPEZ

COLECCIÓN
América Latina y el Nuevo Orden Mundial

DIRECTOR: RAÚL DELGADO WISE

TÍTULOS PUBLICADOS

¿Adiós al campesinado?

Democracia y formación política de las clases en el México rural

GERARDO OTERO

América Latina y el Caribe en el siglo XXI. Perspectiva y prospectiva de la globalización

FRANCISCO LÓPEZ SEGRERA • JOSÉ LUIS GROSSO

FRANCISCO JOSÉ MOJICA • AXEL DIDRIKSSON • MANUEL RAMIRO MUÑOZ

(Coordinadores)

Braceros. Las miradas mexicana y estadounidense. Antología (1945-1964)

JORGE DURAND

*Cambiando perspectivas: de la gestión de flujos hacia la construcción
de políticas de migración con enfoque de desarrollo*

FABIENNE VENET

(Coordinadora)

Ciudades latinoamericanas. Un análisis comparativo en el umbral del nuevo siglo

ALEJANDRO PORTES • BRYAN R. ROBERTS • ALEJANDRO GRIMSON

(Coordinadores)

Colapso y reforma.

La integración del sistema bancario en el México revolucionario, 1913-1932

LUIS ANAYA MERCHANT

*Contribuciones al análisis de la migración internacional y
el desarrollo regional en México*

RAÚL DELGADO WISE • BEATRIZ KNERR

(Coordinadores)

Controversias sobre sustentabilidad. La coevolución sociedad-naturaleza

GUILLERMO FOLADORI

Crítica de la economía vulgar. Reproducción de capital y dependencia

J. OSORIO

Del siglo americano al siglo de la gente. Latinoamérica en el vórtice de la historia

JESÚS HERNÁNDEZ GARIBAY

Después del quinto sol. Clase y raza en Norteamérica

JAMES W. RUSSEL

El México de hoy. Sus grandes problemas y qué hacer frente a ellos

ALONSO AGUILAR MONTEVERDE • FERNANDO CARMONA† • GUADALUPE BARAJAS ZEDILLO
RODOLFO BARONA SORIANO • AGUSTÍN GONZÁLEZ • JESÚS HERNÁNDEZ GARIBAY
CECILIA MADERO MUÑOZ • HÉCTOR MAGAÑA VARGAS • ANA I. MARIÑO • GASTÓN MARTÍNEZ
ANA FRANCISCA PALOMERA • SOFÍA LORENA RODILES HERNÁNDEZ • HÉCTOR ROLDÁN PÉREZ

El Programa 3 x 1 para migrantes. ¿Primera política transnacional en México?

RAFAEL FERNÁNDEZ DE CASTRO • RODOLFO GARCÍA ZAMORA • ANA VILA FREYER
(Coordinadores)

En contra del neoliberalismo: el desarrollo basado en la comunidad

HENRY VELTMEYER • ANTHONY O'MALLEY

Enfrentando la globalización. Respuestas sociales a la integración económica de México

LAURA CARLSEN • TIM WISE • HILDA SALAZAR
(Coordinadores)

Flexibles y disciplinados.

Los trabajadores brasileños frente a la reestructuración productiva

NOELA INVERNIZZI

Hacia una política de Estado para la educación superior en México

DANIEL CAZÉS MENACHE • RAÚL DELGADO WISE
(Coordinadores)

Indígenas mexicanos migrantes en los Estados Unidos

JONATHAN FOX • GASPAR RIVERA-SALGADO
(Coordinadores)

La era de la migración.

Movimientos internacionales de población en el mundo moderno

STEPHEN CASTLES • MARK J. MILLER

La globalización desenmascarada: El imperialismo en el siglo XXI

JAMES PETRAS • HENRY VELTMEYER

La transformación de la universidad mexicana. Diez estudios de caso en la transición

AXEL DIDRIKSSON T. • ALMA HERRERA M.
(Coordinadores)

Las nanotecnologías en América Latina

GUILLERMO FOLADORI • NOELA INVERNIZZI
(Coordinadores)

Londres latina. La presencia colombiana en la capital británica

LUIS EDUARDO GUARNIZO

Los estados mexicanos. Sus activos y su dinamismo económico y social

VIDAL GARZA CANTÚ • JOSÉ POLENDO GARZA • FRANCISCO GARCÍA HERNÁNDEZ

Mexicanos en Chicago. Diario de campo de Robert Redfield, 1924-1925

PATRICIA ARIAS • JORGE DURAND
(Investigación y Edición)

México 2006-2012: neoliberalismo, movimientos sociales y política electoral
JAN RUS • MIGUEL TINIKER SALAS

México en el primer año de gobierno de Vicente Fox
RAÚL DELGADO WISE • CARMEN GALINDO • LUIS GONZÁLEZ SOUZA • ARTURO GUILLÉN
JOSÉ MERCED GONZÁLEZ • JOSEFINA MORALES • ANA GARCÍA-FUENTES • ISAAC PALACIOS
JUAN JOSÉ DÁVALOS • FERNANDO PAZ SÁNCHEZ • HÉCTOR DÍAZ POLANCO

México en Nueva York.
Vidas transnacionales de los migrantes mexicanos entre Puebla y Nueva York
ROBERT COURTNEY SMITH

México en transición: Globalismo neoliberal, Estado y sociedad civil
GERARDO OTERO

Migración y desarrollo: perspectivas desde el sur
STEPHEN CASTLES • RAÚL DELGADO WISE
(Coordinadores)

Nanotecnologías disruptivas. Implicaciones sociales de las nanotecnologías
GUILLERMO FOLADORI • NOELA INVERNIZZI
(Coordinadores)

Nuevas tendencias y desafíos de la migración internacional México-Estados Unidos
RAÚL DELGADO WISE • MARGARITA FAVELA
(Coordinadores)

Relaciones Estado-díáspora: aproximaciones desde cuatro continentes. Tomo I
CARLOS GONZÁLEZ GUTIÉRREZ
(Coordinador)

Relaciones Estado-díáspora: la perspectiva de América Latina y el Caribe. Tomo II
CARLOS GONZÁLEZ GUTIÉRREZ
(Coordinador)

Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas
ALEJANDRO PORTES • JOSH DEWIND
(Coordinadores)

Ruta transnacional: a San Salvador por Los Ángeles.
Espacios de interacción juvenil en un contexto migratorio
JUAN CARLOS NARVÁEZ GUTIÉRREZ

Santos, duraznos y vino.
Migrantes mexicanos y la transformación de Los Haro, Zacatecas y
Napa, California
SANDRA L. NICHOLS

¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable
GUILLERMO FOLADORI • NAÍNA PIERRI
(Coordinadores)

El futuro de la política de comercio en América del Norte.
Lecciones del nCAN, se terminó de imprimir en la Ciudad
de México durante el mes de junio del año 2011.
La edición, en papel de 75 gramos,
estuvo al cuidado de la oficina
litotipográfica de la
casa editora.



El futuro de la política

ECONOMÍA

El presente documento busca, a casi veinte años de la implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), una reforma sustantiva y general del acuerdo y sus bases con el objeto de mejorar y profundizar la integración socioeconómica y territorial en la región. Surge de una reunión de expertos en 2009, auspiciada por el Pardee Center de la Universidad de Boston y el Global Development and Environment Institute de Tufts University.

El análisis —desde la perspectiva jurídica, del medio ambiente, agrícola, económica, comercial, del régimen de inversión y de la propiedad intelectual, migratoria y laboral, entre otras— permite un diálogo constructivo con diversos sectores en Estados Unidos y México en aras de sobrellevar las deficiencias resultantes desde 1994.

Con propuestas concretas sobre los capítulos más contundentes del TLCAN, los autores promueven una discusión que va más allá del TLCAN para obtener experiencias y lecciones para el resto del continente latinoamericano en el manejo de la liberalización comercial.



PARDEE CENTER TASK FORCE REPORT



BOSTON UNIVERSITY THE FREDERICK S. PARDEE CENTER
FOR THE STUDY OF THE LONGER-RANGE FUTURE

