

ENTRE LA PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y LA DISCIPLINA SOBRE LOS GOBIERNOS

EL CASO DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN

*Teresa Gutiérrez-Haces**

Introducción

Las negociaciones y redacción final del TLCAN concluyeron en 1992. Sin embargo, debido a una serie de procedimientos inherentes a la legislación de cada uno de los países que lo suscribieron, entró oficialmente en vigor el 1 de enero de 1994. Gracias a ello se estableció una zona de libre comercio en el territorio de lo que geográficamente se conoce como América del Norte, que en aquel momento poseía el mayor número de habitantes en el mundo.

El TLCAN ha producido efectos de muy diversa índole en los países signantes. A diez años de su puesta en marcha, difícilmente se afirmarían que sus consecuencias han sido totalmente negativas o exclusivamente positivas, aunque un aspecto en que, tanto defensores como detractores, coinciden es en reconocer que el TLCAN ha logrado alentar la interconexión económica entre sus miembros —que antes sólo existía bilateralmente—, también ha contribuido a que las asimetrías se profundicen, en lugar de disminuir. Este aspecto reviste particular relevancia si se considera que durante todo el proceso de negociaciones existió un firme discurso político en negar la presencia de asimetrías económicas entre los tres países. En especial, el equipo mexicano sostuvo una posición muy cerrada al respecto, pues consideraba que tanto su ingreso a la OCDE, que en ese momento también se negociaba, como al TLCAN, dependían de su aceptación irrestricta al principio de igualdad económica. Indudablemente, el rechazo a la asimetría económica, como punto de arranque en ambas negociaciones, significó un giro de 180 grados respecto de la que había sido la posición tradicional del gobierno mexicano en convenios internacionales anteriores, en particular, si se recuerda el papel de este país en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en los años setenta, así como su participación en las discusiones dentro del GATT en torno al capítulo XVIII, en cuanto al papel y responsabilidad del Estado en el desarrollo económico de los países.

Los diversos intentos emprendidos por las empresas y gobiernos —en particular de los países desarrollados—, orientados a proteger el funcionamiento de la inversión extranjera, han tenido una trayectoria difícil y compleja, debido princi-

* Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM. Especialista en economía política de la integración en América del Norte, asimismo es profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Correo electrónico: <teresinagh@hotmail.com>.

palmente a la naturaleza de las condiciones que éstos generalmente han exigido a los países receptores de capital. Esos intentos podrían agruparse en tres etapas, las cuales —en nuestra opinión— permiten contextualizar las razones que condujeron a los países signatarios del TLCAN a introducir las medidas contempladas en el capítulo XI.

En la primera, que transcurre, grosso modo, entre 1960 y 1990, destaca el hecho de que la reglamentación, que buscaba la protección de la inversión extranjera directa (IED), aunque era uno de los objetivos de organismos como el Banco para la Reconstrucción y Fomento, la ONU y los gobiernos de los países desarrollados, fue prácticamente opacada por los intereses de estos mismos actores en torno al establecimiento del libre comercio. En aquel momento, los objetivos de una liberalización comercial a escala mundial aparentemente predominaban sobre los intereses para establecer una reglamentación internacional más articulada que protegiera ampliamente la inversión extranjera. Durante esta etapa, la contradicción entre los intereses de la IED y los gobiernos de los países de menor desarrollo económico eran particularmente graves. Paradójicamente, los países más urgidos de financiamiento externo no ofrecían un clima proclive a las operaciones de la IED, lo cual condujo a las instituciones de financiamiento internacional a idear el establecimiento de un foro internacional, de carácter imparcial, en el que fuese posible dirimir las controversias entre un inversionista y el país huésped mediante la conciliación o el arbitraje. Con este propósito, en 1966 se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), bajo los auspicios del Banco Mundial.¹

La segunda etapa coincide, en cierta medida, con el final del GATT y la consolidación de la presencia de las empresas transnacionales.² En ese periodo proliferaron los acuerdos bilaterales de protección a la inversión y se consolidaron mediante los llamados tratados bilaterales de protección a la inversión (Bilateral Treaties for the Promotion and Protection of Foreign Direct Investment, BIT).³ Un tercer momento,

¹ Es necesario aclarar, para los fines de este trabajo, que ni México ni Canadá forman parte del CIADI, cuyo consejo administrativo aprobó en 1978 las reglas del mecanismo complementario por el cual ese centro puede administrar procedimientos que originalmente estaban fuera de su ámbito de jurisdicción. Por medio del mecanismo complementario, México ha sido parte de varios procedimientos arbitrales ante el CIADI, como Robert Azinian contra gobierno de México; Metalclad Co. contra Estados Unidos Mexicanos; Waste Management Inc. contra Estados Unidos Mexicanos, entre otros (véanse los cuadros 5, 6, 7, 8, 9 y 10).

² Para entender a cabalidad la importancia del capítulo XI del TLCAN y poner en perspectiva el debate que ha suscitado, es necesario ubicarlo dentro del proceso de transnacionalización de las empresas, ya que ha tenido un crecimiento exponencial desde la década de los cincuenta. Indudablemente que este fenómeno es consecuencia de las estrategias diseñadas por el sector privado, pero los gobiernos también han contribuido a su expansión o limitación, según los criterios preponderantes en un momento determinado. En el caso específico del TLCAN, los gobiernos participantes asumieron el compromiso de que todos los asuntos concernientes a la inversión serían tratados principalmente por medio del capítulo XI, en el entendido de que se trataba de circunscribir las relaciones entre el Estado de origen de la inversión, el Estado anfitrión de tal inversión y el inversionista originario de uno de los países miembros del TLCAN.

³ Los Acuerdos Bilaterales de Inversión, también conocidos como APRIS (Bilateral Investment Treaties/Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión), son tratados internacionales sobre la IED que incorporan medidas para proteger la inversión, como la cláusula de tratamiento nacional, nación más favorecida (NMF), expropiación e indemnizaciones, mecanismos para la solución de controversias, entre

que en gran medida se traslapa con el anterior, ocurre entre 1994 y el periodo actual, cuando se rubrican diversos acuerdos de libre comercio, como el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (ALC, 1988); el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, 1994); el Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos (2003); el Tratado de Libre Comercio Marruecos-Estados Unidos (2004) y el Tratado de Libre Comercio Australia-Estados Unidos (2004). El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), si bien aún está en proceso de negociación, incluye un capítulo sobre inversión que supera en cierta medida lo estipulado por el TLCAN.

La peculiaridad de la segunda y la tercera etapas reside en el papel central de Estados Unidos en los últimos diez años, en que, gracias a la multiplicación de los BIT que ha suscrito, junto con su liderazgo en diversos acuerdos de libre comercio con un capítulo específico sobre inversión, ha logrado una adquisición (*take over*) sin precedentes en la reglamentación de la economía internacional que, paradójicamente, le reditúa más que las negociaciones dentro de la OMC, en las cuales las concesiones que le exige el multilateralismo se han convertido en un grillete.

Sin duda, el precedente más cercano del capítulo XI del TLCAN es un capítulo relativamente similar, incluido en el ALC que también contiene disposiciones en torno a la protección de los inversionistas y a la liberalización de las inversiones. Sin embargo, debido a que la infraestructura jurídica y económica de estos países es más similar que la que presentaba México en 1990, la protección a los inversionistas no fue un tema tan relevante, como sí ocurrió posteriormente con el TLCAN.

A esto habría que agregar el hecho de que la IED estadounidense en Canadá estuvo particularmente arraigada desde principios del siglo XX, debido a que tanto la legislación provincial, como la federal habían emprendido una estrategia permanente de atracción a la inversión extranjera, particularmente permisiva en cuanto a su funcionamiento y en lo relativo a su ubicación en determinados sectores económicos, en particular recursos naturales y manufactura.

Por este motivo, durante las negociaciones del ALC, Estados Unidos no manifestó gran interés por imponer demasiadas reglas sobre la protección a la inversión. Sus negociadores se dirigieron más específicamente al logro de una mayor liberalización de su inversión en Canadá, por lo que condicionó la firma del acuerdo a esta demanda. El ALC recogió esas exigencias y reprodujo, en gran medida, las condiciones que generalmente establecían los BIT, aunque no se incluyó un mecanismo de carácter verdaderamente vinculatorio para la solución de controversias entre el inversionista y el Estado anfitrión, como fue el caso en el TLCAN.

En éste existe un grupo de capítulos, principalmente el XI, XIV, XIX y XX, en los que se establecen los procedimientos en caso de violación de las reglas de comportamiento y entendimiento comercial entre los países signatarios en lo referente a prácticas de *dumping*, aplicación de derechos compensatorios, obstáculos a la

otros. Para mayor información sobre este tema, véase Gabriela Llobet Iglesias, *El tratamiento de la inversión en los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones en los acuerdos comerciales* (San José: Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, 2002).

inversión y a los servicios financieros, principalmente. Estos capítulos, además de recoger la experiencia acumulada en el GATT, establecen una mayor regulación sobre aspectos que no son meramente comerciales, además de que logran imponer reglas más severas, las cuales obligan, bajo amenaza de castigo, a que los signatarios cumplan con el acuerdo.⁴ Para que esto sea factible, estos capítulos establecen un orden jurídico supranacional, que protege la movilidad del capital y del comercio en América del Norte.

El propósito de este artículo no consiste en analizar, desde una perspectiva jurídica, el contenido y las implicaciones de estos capítulos; tarea que ya ha sido ampliamente cubierta en los últimos años por autores como Lajoie (1972), Davidson y Perret (1991), McKinney (1991), Schneiderman (1996 y 2004), Jackson y Sanger (1998), Bachand (2001), Shrybman (2001), Sinclair (2000), Clarkson (2002), Hart (2002), Appel Molot (2002) y Witker (2003 y 2004).

Este artículo analiza, en particular, el capítulo XI del TLCAN, que versa sobre el desempeño, protección, liberalización y solución de controversias de la inversión, de los tres países signatarios. En primer término, examinaremos cómo, desde principios del siglo XX, los inversionistas, junto con las instituciones internacionales y los gobiernos que los respaldan, han tratado de establecer un marco regulatorio que los proteja de las decisiones proteccionistas o nacionalistas de determinados gobiernos o ciudadanos. Al mismo tiempo, se analiza cómo la proliferación de los tratados internacionales que protegen la inversión extranjera ha logrado influir en el contenido de los acuerdos de libre comercio celebrados a partir de 1990, principalmente en las Américas.⁵

En un segundo momento, se analizara cómo el TLCAN engloba el territorio y las regiones en México —bajo la figura política de las entidades federativas y los municipios— dentro de una dinámica inédita, en la cual los gobiernos locales, en particular desde 1990, han sido alentados desde la federación para ofertar sus regiones al mercado internacional y con ello cumplir con las reglas establecidas por el TLCAN, y al mismo tiempo compartir con nuevos actores que surgen del tratado, el territorio, los recursos naturales y el capital humano de la región.

⁴ El capítulo XI incluye dos procesos de solución de controversias. El predominante se refiere al del inversionista y el Estado. Sus resultados son jurídicamente vinculantes para ambos participantes y las posibilidades de apelación son limitadas. Cada uno de los participantes nombra un árbitro y el tercero se elige de común acuerdo o lo nombra una tercera parte. El arbitraje se lleva a cabo en el contexto de un acceso público a los documentos escritos producidos para el caso (muy limitado). No hay acceso público a los procedimientos, a menos que todos los participantes estén de acuerdo en abrirlos, lo cual nunca ha ocurrido. Durante el proceso Metalclad contra el gobierno de México, los sindicatos de la provincia de Quebec solicitaron estar presentes; la solicitud fue denegada. La secrecía en torno a estos procesos ha sido objeto de fuertes críticas por parte de las organizaciones sociales de los tres países.

El segundo tipo de proceso que puede ser factible es el de Estado contra Estado, descrito en el capítulo XX. Esta opción se ha utilizado únicamente en un caso. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, *Derechos privados, problemas públicos* (Ottawa: WWF, 2001), 13-14.

⁵ Las Américas se refiere al conjunto de países que forman el continente americano. A partir del TLCAN, específicamente a partir de las negociaciones del ALCA, esa frase ha cobrado importancia en el lenguaje vinculado con la integración económica.

Finalmente, se examina cómo se expresa la gobernabilidad o cómo puede aparecer la ingobernabilidad a través de la posible ruptura del pacto federal en México, como consecuencia de las querellas nacidas de la aplicación del capítulo XI en los estados y municipios. En ese contexto, se considera pertinente examinar cómo el TLCAN puede contribuir o entorpecer la reforma del Estado en México, desde la perspectiva de la gobernabilidad dentro de la relación entre la federación, las entidades federativas y los municipios.

Estos hechos encuentran su explicación en las características mismas del TLCAN; un tratado en el que la coacción u obligatoriedad adquiere particular relevancia, debido a los compromisos que específicamente México adquirió con su principal socio comercial, Estados Unidos, pero también con Canadá, compromisos que superan en mucho los niveles de coacción a que tradicionalmente se recurría en el pasado, como lo demuestran algunos de los conflictos originados por el capítulo XI, principalmente.

Este análisis intenta demostrar que los aspectos establecidos en dicho capítulo son parte de una línea de continuidad, en la cual destaca la lucha que los gobiernos y las empresas transnacionales emprendieron desde la década de los sesenta, al querer imponer determinadas reglas de funcionamiento a los países de menor desarrollo económico. En este sentido, el análisis de los diferentes momentos en que las reglas de los inversionistas se fueron imponiendo mediante un conjunto de instituciones internacionales resulta determinante si se quiere calibrar el significado de un capítulo referente a la inversión en el TLCAN.

Antes del TLCAN: medidas disciplinarias para los gobiernos receptores de la inversión extranjera

Históricamente, la inversión extranjera ha buscado, por diversos medios, establecer reglas y, de ser posibles, acuerdos que protejan el movimiento y las operaciones de los inversionistas en los países importadores de capital. A su vez, los gobiernos receptores han debido enfrentar un sinnúmero de problemas relacionados con la forma de operar de los inversionistas, que reiteradamente han querido hacer prevalecer sus derechos sobre las leyes del país receptor.

Ejemplos de ello abundan en la memoria histórica de los países de menor desarrollo económico, como es el caso de la cláusula Calvo (1896), que estableció que los extranjeros no podían tener derechos superiores a los nacionales; que las leyes del país eran las que se aplicaban en cualquier disputa ocurrida en el país, sin importar que los querellantes fueran extranjeros y que por tanto las cortes locales eran las autorizadas a dirimir los diferendos ocasionados por la IED.⁶

⁶ Carlos Calvo (1824-1906), diplomático e internacionalista argentino, formuló el principio general por el cual los pleitos con ciudadanos extranjeros deberían ser solucionados por los tribunales locales, evitando la intervención diplomática del país del que era originario el inversionista. El primer caso diplomático en que se utilizó la doctrina Calvo tuvo lugar en México, con motivo de una reclamación de daño sobre las propiedades estadounidenses en México. José María Lafragua, ministro de Relaciones

En 1907, la doctrina Drago declaraba que no se podía invadir militarmente ningún país con el propósito de cobrar una deuda o resarcirse de una mala inversión.⁷ En 1920, se discutieron en Viena los casos de expropiación de la propiedad extranjera en un determinado país y se concluyó que los gobiernos que llevaban a cabo un acto de expropiación deberían ser sancionados por una corte internacional.⁸

Con la instauración de la *política del buen vecino*, a partir de 1933, Estados Unidos empezó a manifestar una menor oposición a las doctrinas mencionadas. Durante la VII Conferencia Panamericana en Montevideo, este país votó la Resolución sobre la Responsabilidad del Estado (1933), la cual establecía la igualdad entre extranjeros y nacionales como un principio de derecho internacional y se autorizaba la intervención diplomática sólo en los casos de “manifest denial or unreasonable delay of justice”.⁹

Durante las discusiones en torno a la Carta de La Habana (1947-1948) y la posible creación de la Organización Internacional de Comercio (ITO, por sus siglas en inglés), se habló de establecer dentro de ésta una cláusula sobre “trato justo e igual” para los inversionistas.¹⁰

Exteriores, respondió apoyándose en las ideas de Calvo. Los países latinoamericanos hicieron suyas estas ideas; durante la Conferencia Internacional de los Estados Americanos o Conferencia Panamericana de 1889-1890, realizada en Washington, una recomendación que suscribía la doctrina Calvo fue aprobada por todos los países representados, con excepción de Haití y con la abierta oposición de Estados Unidos. Durante la IX Conferencia Panamericana de Bogotá, en 1948, en la que se redactó la Carta de la OEA, se incluyeron los principios de esta doctrina. Las ideas de Carlos Calvo aparecen en el contenido de la mayoría de las constituciones de los países latinoamericanos; en el caso de la Constitución mexicana, el artículo 27 fue redactado bajo la inspiración de esta doctrina. Véase Francesco Tamburini, “Historia y destino de la «doctrina Calvo»: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, no. 24 (2002): 81-86.

⁷ Luis María Drago (1859-1921), ministro de Asuntos Exteriores de Argentina, envió una nota fechada el 29 de diciembre de 1902, con motivo de la intervención militar de Alemania, Italia e Inglaterra a Venezuela, causada por las deudas contraídas con estos países. La nota diplomática enviada a Washington declaraba que la deuda de un Estado no podía ser argumento para justificar la agresión militar europea. *Ibid.*, 81-101.

⁸ En México, la Ley de Expropiación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de noviembre de 1936.

⁹ Report, 1933: 270-271, citado en Tamburini, “Historia y destino...”, 81-101.

¹⁰ La ITO fue propuesta y promovida por el gobierno de Washington. Fue el objeto de importantes trabajos de diversas agencias, departamentos y comités reunidos en Washington, D.C., entre 1943 y 1945. Muchos de los países que participaron en las reuniones que darían nacimiento al GATT, especialmente los latinoamericanos, estaban menos interesados que Estados Unidos en la liberalización comercial y se preocupaban del impacto de ésta en sus economías. Esta situación se reflejó en las negociaciones sobre la protección que debía otorgarse a la inversión extranjera, las cuales favorecían principalmente al país acreedor más importante en la década de los cuarenta: Estados Unidos. El borrador sobre la protección a la inversión determinaba que ningún gobierno podía expropiar o nacionalizar los activos de una empresa extranjera, excepto cuando las condiciones eran “justas, razonables o apropiadas”. La ITO nunca llegó a concretarse; se rechazó en la Conferencia de La Habana, en 1947-1948, y en su lugar nació el GATT como un acuerdo general que retomó todos los aspectos concernientes a la liberalización comercial y dejó para negociaciones futuras los controles a las importaciones, los *cartels* y la inversión extranjera. Véase Odell y Eichengreen, “The U.S, the ITO and the WTO”, en Anne Krueger, *The WTO as an International Organization* (Chicago: University of Chicago Press, 1998), 186-187.

En 1962, durante la Asamblea General de la ONU, los conceptos de Carlos Calvo fueron revalorados; la resolución número 1803 (XVII), relacionada con la soberanía permanente sobre los recursos naturales, establecía una “compensación apropiada” en materia de expropiaciones y nacionalizaciones. Esta resolución se amplió y clarificó en 1974, en la resolución número 3171 (XVIII), que estableció que serían los tribunales locales los que estipularían el monto de la indemnización y la forma de pago al afirmar que “cada Estado está autorizado a determinar el monto de la posible compensación y el modo de pago, y cualquier disputa que pudiera surgir debe ser ajustada de acuerdo con la legislación nacional del Estado que tome tales medidas”.¹¹

También, durante la década de los sesenta, el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados o Convenio de Washington, precedió al CIADI. Su propósito era establecer un mecanismo de arbitraje y conciliación, que gracias a sus funciones creaba un clima de mayor certidumbre para la IED lo cual indirectamente promovía su presencia en los países en vías de desarrollo.

En 1967, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) intentó introducir un acuerdo específico para proteger la propiedad extranjera, el cual en gran medida sería retomado en 1995, dentro del contenido del Acuerdo Multilateral sobre Inversión (AMI); éste tampoco logró ser aprobado por aquel organismo.

Más recientemente, la proliferación de los BIT¹² ha sido prácticamente un requisito previo impuesto a los países receptores de la IED antes de celebrar un acuerdo de libre comercio. Evidentemente, los BIT representan la respuesta ideal a la tradicional desconfianza de los inversionistas y, al mismo tiempo, aseguran de manera contractual que los gobiernos den los primeros pasos hacia una liberalización (véanse los cuadros 1, 2 y 3).¹³

¹¹ Citado en Tamburini, “Historia y destino...”, 81-86 y 101.

¹² Los tratados bilaterales de inversión fueron propuestos por la UNCTAD, con el propósito de fortalecer la cooperación de los países en el terreno de la inversión y, a su vez, ofrecerles la oportunidad de negociar tratados que impedian la doble imposición fiscal del ingreso y el capital. Éstos, en opinión de la UNCTAD, constituyen uno de los instrumentos más eficaces para la protección de la IED desde los años sesenta. En sus inicios, los BIT se celebraban por iniciativa de un país desarrollado y su contraparte era un país con un menor grado de desarrollo económico. Así, la asimetría económica era una de las reglas no escritas de estos tratados. Por este medio, los países desarrollados buscaban asegurar la protección legal de la IED y garantizar que su funcionamiento no enfrentara cortapisas por parte del país anfitrión. Por su parte, los países en vías de desarrollo veían en los BIT un recurso para atraer un mayor monto de IED a su territorio.

¹³ Un buen ejemplo de ello es el caso de China. La Secretaría de Economía de México anunció, en julio de 2004, que se iniciarían negociaciones con este país, a fin de establecer el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversión (APRI), como un adelanto para “poner una mesa pareja, un marco conocido y de referencia de solución de controversias, y con esto se estaría dando un primer paso para negociar un acuerdo comercial con China”. Véase Ivette Saldaña, “Banderazo de salida al APRI entre México y China”, *El Financiero*, 4 de octubre de 2004, 18.

CUADRO 1
ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA IED NEGOCIADOS POR MÉXICO

<i>Países</i>	<i>Firma</i>	<i>Entrada en vigor</i>
España	22 de junio de 1995	19 de marzo de 1997
Suiza	10 de julio de 1995	20 de agosto de 1998
Argentina	13 de noviembre de 1996	28 de agosto de 1998
Alemania	25 de agosto de 1998	20 de marzo de 2001
Holanda	13 de mayo de 1998	10 de julio de 2000
Austria	29 de junio de 1998	23 de marzo de 2001
Bélgica/Luxemburgo	27 de agosto de 1998	19 de marzo de 2003
Francia	12 de noviembre de 1998	30 de noviembre de 2000
Finlandia	22 de febrero de 1999	30 de noviembre de 2000
Uruguay	30 de junio de 1999	9 de agosto de 2002
Portugal	11 de noviembre de 1999	8 de enero de 2001
Italia	24 de noviembre de 1999	17 de enero de 2003
Dinamarca	13 de abril de 2000	30 de noviembre de 2000
Suecia	3 de octubre de 2000	27 de julio de 2001
Grecia	30 de noviembre de 2000	11 de octubre de 2002
Corea	14 de noviembre de 2000	9 de agosto de 2002
Cuba	30 de mayo de 2001	3 de mayo de 2002
Islandia	Pendiente	Pendiente
República Checa	4 de abril de 2002	25 de marzo de 2004
China	Pendiente	Pendiente

FUENTE: Elaboración propia con base en información de la Secretaría de Economía.

CUADRO 2
TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA IED NEGOCIADOS POR CANADÁ

<i>Países</i>	<i>Firma</i>	<i>Entrada en vigor</i>
Federación Rusa	20 de noviembre de 1989	27 de junio de 1991
Polonia	26 de octubre de 1990	22 de noviembre de 1990
República Checa	15 de noviembre de 1990	9 de marzo de 1992
Uruguay	16 de mayo de 1991	Pendiente
Hungría	3 de octubre de 1991	21 de noviembre de 1993
Argentina	5 de noviembre de 1991	29 de abril de 1993
Ucrania	24 de octubre de 1994	24 de junio de 1995
Letonia	25 de abril de 1995	27 de julio de 1995
Trinidad y Tobago	11 de septiembre de 1995	8 de julio de 1996

CUADRO 2
 TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA IED NEGOCIADOS POR CANADÁ
 (continuación)

<i>Países</i>	<i>Firma</i>	<i>Entrada en vigor</i>
Filipinas	10 de noviembre de 1995	1 de noviembre de 1996
Sudáfrica	27 de noviembre de 1995	Pendiente
Rumania	17 de abril de 1996	11 de febrero de 1997
Ecuador	29 de abril de 1996	6 de junio de 1997
Barbados	29 de mayo de 1996	17 de enero de 1997
Venezuela	1 de julio de 1996	28 de enero de 1998
Panamá	12 de septiembre de 1996	13 de febrero de 1998
Egipto	13 de noviembre de 1996	3 de noviembre de 1997
Tailandia	17 de enero de 1997	24 de septiembre de 1998
Croacia	3 de febrero de 1997	30 de enero de 2001
Líbano	11 de abril de 1997	19 de junio de 1999
Armenia	8 de mayo de 1997	29 de marzo de 1999
Uruguay	29 de octubre de 1997	2 de junio de 1999
Costa Rica	18 de marzo de 1998	29 de septiembre de 1999
El Salvador	31 de mayo de 1999	

FUENTE: Elaboración propia con base en información de International Trade Canada.

CUADRO 3
 TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA IED NEGOCIADOS
 POR ESTADOS UNIDOS

<i>Países</i>	<i>Firma</i>	<i>Entrada en vigor</i>
Panamá	27 de octubre de 1982	30 de mayo de 1991
Senegal	6 de diciembre de 1983	25 de octubre de 1990
Haití	13 de diciembre de 1983	Pendiente
Rep. Democrática del Congo	3 de agosto de 1984	28 de julio de 1989
Marruecos	22 de julio de 1985	29 de mayo de 1991
Turquía	3 de diciembre de 1985	18 de mayo de 1990
Camerún	26 de febrero de 1986	6 de abril de 1989
Egipto	11 de marzo de 1986	27 de junio de 1992
Bangladesh	12 de marzo de 1986	25 de julio de 1989
Granada	2 de mayo de 1986	3 de marzo de 1989
Congo	12 de febrero de 1990	13 de agosto de 1994
Polonia	21 de marzo de 1990	6 de agosto de 1994

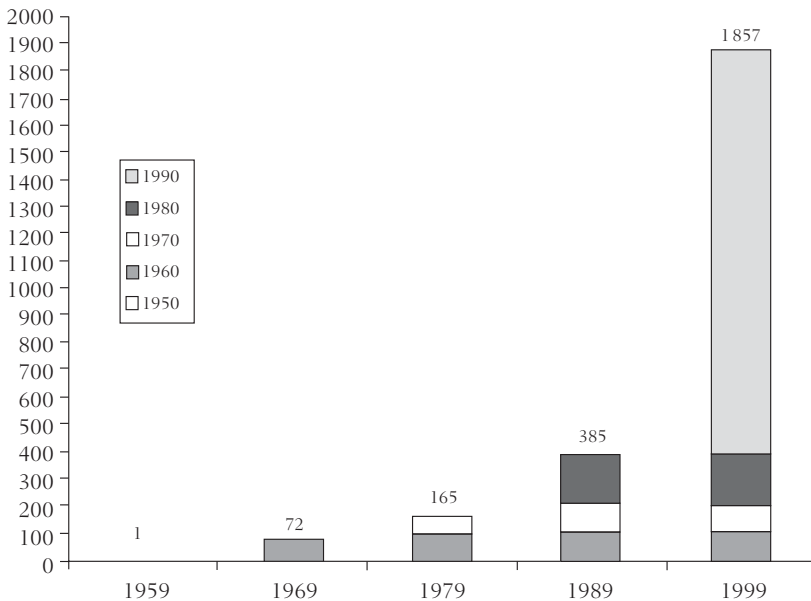
CUADRO 3
 TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA IED NEGOCIADOS
 POR ESTADOS UNIDOS
 (continuación)

<i>Países</i>	<i>Firma</i>	<i>Entrada en vigor</i>
Túnez	15 de mayo de 1990	7 de febrero de 1993
Sri Lanka	20 de septiembre de 1991	1 de mayo de 1993
República Checa	22 de octubre de 1991	19 de diciembre de 1992
República Eslovaca	22 de octubre de 1991	19 de diciembre de 1992
Argentina	14 de noviembre de 1991	20 de octubre de 1994
Kazajstán	19 de mayo de 1992	12 de enero de 1994
Rumania	28 de mayo de 1992	15 de enero de 1994
Rusia	17 de junio de 1992	Pendiente
Armenia	23 de septiembre de 1992	29 de marzo de 1996
Bulgaria	23 de septiembre de 1992	2 de junio de 1994
Kirgiztán	19 de enero de 1993	12 de enero de 1994
República de Moldavia	21 de abril de 1993	25 de noviembre de 1994
Ecuador	27 de agosto de 1993	11 de mayo de 1997
Bielorrusia	15 de enero de 1994	Pendiente
Jamaica	4 de febrero de 1994	7 de marzo de 1997
Ucrania	4 de marzo de 1994	16 de noviembre de 1996
Georgia	7 de marzo de 1994	17 de agosto de 1997
Estonia	19 de abril de 1994	16 de febrero de 1997
Trinidad y Tobago	26 de septiembre de 1994	26 de diciembre de 1996
Mongolia	6 de octubre de 1994	1 de enero de 1997
Uzbekistán	16 de diciembre de 1994	Pendiente
Albania	11 de enero de 1995	4 de enero de 1998
Letonia	13 de enero de 1995	26 de diciembre de 1996
Honduras	1 de julio de 1995	11 de julio de 2001
Nicaragua	1 de julio de 1995	Pendiente
Croacia	13 de julio de 1996	20 de junio de 2001
Jordania	2 de julio de 1997	12 de junio de 2003
Azerbaiyán	1 de agosto de 1997	2 de agosto de 2001
Lituania	14 de enero de 1998	22 de noviembre de 2001
Bolivia	17 de abril de 1998	6 de junio de 2001
Mozambique	1 de diciembre de 1998	Pendiente
El Salvador	10 de marzo de 1999	Pendiente
Bahrein	29 de septiembre de 1999	30 de mayo de 2001
Panamá	1 de junio de 2000	14 de mayo de 2001

FUENTE: Elaboración propia con información de U.S. Bilateral Investment Treaty Program, Bureau of Economic and Business Affairs.

Según Renato Ruggiero, ex director de la OMC, de un total de novecientos tratados bilaterales negociados bajo las características de los BIT, 60 por ciento ocurrió durante los años noventa del siglo XX. A finales de 1999, de un total de 1,857 BIT, 737 (40 por ciento) habían sido firmados entre países desarrollados y en desarrollo (véanse las gráficas 1 y 2). En contraste, una minoría de éstos —sólo once— se habían celebrado entre países desarrollados; esto, en opinión de la UNCTAD, se debía a que, en gran medida, estos países tradicionalmente se han regido por una serie de instrumentos que prevé la reglamentación de la OCDE.¹⁴

GRÁFICA I
CRECIMIENTO DEL NÚMERO DE BIT
1959-1999

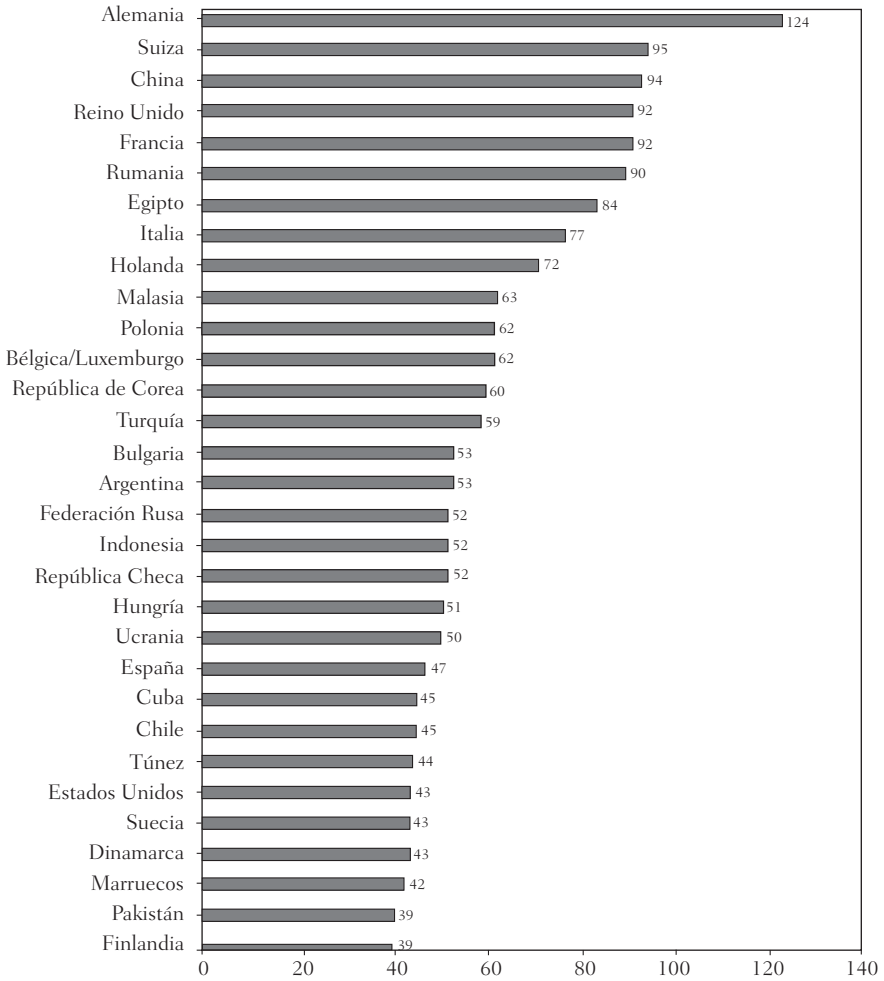


FUENTE: ICSID, Banco Mundial, *Bilateral Investment Treaties*, 1999.

A partir de 2002, con la aprobación de la ley que sustituiría el proceso de la “vía rápida” (*fast track*), conocida como Trade Promotion Authority Act, el Congreso de Estados Unidos retomó parte de la discusión sobre la protección de la IED que se planteaba en diversos foros internacionales.

¹⁴ United Nations, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999* (Nueva York: ONU, 2000), 4.

GRÁFICA 2
CRECIMIENTO DEL NÚMERO DE BIT
1959-1999



FUENTE: ICSID, Banco Mundial, *Bilateral Investment Treaties*, 1999.

El capítulo XI del TLCAN logró, por primera ocasión, que un acuerdo comercial introdujera un capítulo específico que regulara y legislara supranacionalmente la inversión extranjera. Su contenido detallado sólo se conoció públicamente hasta que lo rubricaron los mandatarios de México, Canadá y Estados Unidos, y fue ratificado por sus respectivos cuerpos legislativos.

Dentro del actual proceso de negociaciones del ALCA, el capítulo sobre inversión ha sido uno de los más complicados en la negociación, sobre todo porque, debido a los borradores que se filtraron, se han puesto al descubierto varios aspectos importantes. Las primeras filtraciones sugerían que este capítulo no ofrecía ningún cambio sustancial respecto de su antecesor, el capítulo XI del TLCAN. Sin embargo, a principios de 2004, David Waskow, uno de los participantes de las organizaciones que representan a la sociedad civil en las negociaciones del ALCA, reveló que Estados Unidos había agregado a la última versión del documento un anexo al capítulo de inversión, en el cual el tema sobre lo que se consideraba una expropiación podría pasar a formar parte de lo que se ha llamado el “piso común de derechos”, los cuales empezaron a ser negociados a partir de enero de 2004.¹⁵

Paradójicamente, las propuestas sobre inversión rebasan los límites previstos por el Congreso estadounidense respecto de los derechos de los inversionistas. El ofrecimiento presentado en la reunión del ALCA, que se llevó a cabo en Miami a finales del 2003, resultó más amplio en los asuntos que cubría que el propio mandato negociador otorgado por el Congreso estadounidense, el cual había definido como límite para los negociadores estadounidenses la legislación vigente que protege a los inversionistas de este país.

Waskow argumentó que Estados Unidos mantiene una serie de dispositivos legales que protegen la capacidad del Estado para regular la acción de los inversionistas, en caso de medidas o leyes de defensa del bien público. Sin embargo, cuando se analiza el anexo mencionado, se descubre que esto se ignora en el documento del ALCA, y que los inversionistas extranjeros pueden procesar a los gobiernos por cualquier acción del Estado que obstruya o simplemente interfiera en las actividades de una empresa.¹⁶

Prácticamente en cada uno de los acuerdos y tratados negociados y suscritos desde 1988, las reglas y medidas que se han incluido en éstos, con miras a proteger y liberalizar la inversión extranjera, han logrado considerables avances para los gobiernos y las empresas de los países desarrollados. Sin embargo, no deja de ser paradójico constatar que algunos gobiernos de los países importadores de capital, que ya contaban con una política regulatoria sobre la inversión extranjera, oficialmente considerada exitosa, hayan decidido aceptar nuevas reglas, en aras de obtener un instrumento comercial con Estados Unidos.

Un caso ilustrativo es Chile con el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLCCE) de 2003.¹⁷ Ahí se amplió el margen que garantizaba el acceso y la

¹⁵ David Waskow, *Investment Chapter at FTAA* (Brasilia: Alianza Social Continental, 2003).

¹⁶ Ni siquiera el gobierno estadounidense ha podido escapar de lo que se ha llamado un “acuerdo con garras y dientes”, como lo demuestra el caso de la compañía minera canadiense Glamis, la cual demandó al gobierno de Estados Unidos por la suma de cincuenta millones de dólares, alegando supuestos perjuicios causados por una ley del estado de California que protege una reserva en tierras consideradas sagradas para la etnia quechán. Esta ley aumentó las exigencias y obligaciones para las operaciones de las empresas mineras en zonas cercanas a las reservas ambientales o indígenas.

¹⁷ La política de apertura económica unilateral emprendida por el gobierno del general Pinochet, a través de su ministro de Hacienda, Jorge Cauas, provocó la supresión de los aranceles y la aplicación

protección a los inversionistas de ambos países para invertir en el otro, además de que se otorgó tratamiento nacional (artículo 10.2), trato de nación más favorecida (artículo 10.3), nivel mínimo de trato (10.4) y requisitos de desempeño (10.5) a la inversión estadounidense.

En el TLCCE destacan algunos artículos cuyo contenido refleja en qué medida se consideró la experiencia adquirida entre 1994, fecha de la puesta en marcha del TLCAN, y 2003.¹⁸ Los negociadores chilenos lograron conservar la restricción de un año para la repatriación del capital foráneo para las inversiones ingresadas con contratos y bajo la legislación DL-600. Esto significa que para las inversiones no productivas, y principalmente la de cartera, se mantiene la normativa que prohíbe la reexportación de capital antes de haber cumplido un año en el país (anexo 10-F, DL600, inciso 7).¹⁹ Asimismo, el TLCCE incluyó un mecanismo de selección de las inversiones, a través de un sistema de investigación (*screening*) y ajustes a algunos artículos del capítulo X para brindar mayor nivel de soberanía en las decisiones del Estado, hecho que no ocurre en el TLCAN. Los requisitos de desempeño que resultaron tan nocivos en el TLCAN fueron claramente seleccionados, lo que dio lugar a una lista de prohibiciones. Un aspecto muy positivo fue la decisión de delimitar el plazo dentro del cual una empresa puede presentar una demanda; en este sentido, sólo la inversión con dos años de operación, después de la fecha en que el TLCCE entró en vigor puede entablar una controversia, lo cual contrasta mucho con el TLCAN, con el que se han registrado demandas de compañías que operaban antes de 1994, fecha en que este acuerdo inició su puesta en vigor en el territorio de América del Norte. Finalmente, se incluyó un anexo para aclarar el concepto de expropiación indirecta; se consideró el número de demandas que ha propiciado el TLCAN y su naturaleza atentatoria en contra de la capacidad regulatoria del Estado.²⁰

Causas y efectos del capítulo XI del TLCAN

Este capítulo concede a los inversionistas de México, Canadá y Estados Unidos importantes derechos y privilegios para operar en el territorio de América del Norte, los cuales no son extensivos al resto de la inversión extranjera que opera en estos mismos países. Esta disposición, vigente desde el momento en que se aplicó el TLCAN, ha sido contundente e irreversible, como lo demuestra los numerosos liti-

de la socorrida *cláusula de tratamiento nacional* en el Estatuto de la Inversión Extranjera, Decreto Ley 600 de 1974 (DL-600).

¹⁸ Agradezco al doctor Jorge Witker del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM su orientación y comentarios sobre esta parte del artículo.

¹⁹ Independientemente de esta medida, es necesario considerar que el gobierno chileno ya había rebajado el encaje mínimo de las inversiones a 0 por ciento desde la crisis de 1998. Para mayor información, véase Marcelo Solervicens, *Impactos del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos* (Montreal: CEIM, 2003), 5.

²⁰ Comunidad Andina, *Análisis del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos* (Lima: Comunidad Andina, 2003), 42-43.

gios que han surgido a raíz de esta cláusula. Pese a esto, el capítulo XI no ha logrado establecer un coto totalmente cerrado para el funcionamiento de la inversión de los tres países en su propio espacio, debido, en gran medida, a que, a su vez, un número considerable de países ha suscrito diversos BIT con los tres países del TLCAN.²¹

Además de liberalizar el funcionamiento de la inversión extranjera en los tres países, el capítulo XI, responde directamente a los intereses de los inversionistas, bajo la óptica del mercado y de la ley de la oferta y la demanda, penalizando cualquier tipo de intervención jurídica o política que obstruya su buen funcionamiento.

Un aspecto de particular relevancia respecto de los mecanismos que sigue la solución de una disputa en el capítulo XI, hasta recurrir al arbitraje de una demanda, es que, aunque la querrela esté encaminada específicamente a una empresa, institución o persona, siempre se dirige a la parte, en este caso el Estado dentro de cuyo territorio ocurrió la violación.²²

El Mecanismo de Solución de Diferencias (MSD) del capítulo XI margina por su propia estructura a la jurisprudencia emanada del derecho público del país, al introducir las demandas y el arbitraje bajo las leyes internacionales de comercio privado. Este hecho puede ocurrir porque dos de los mecanismos a los que se acoge provienen del CIADI y de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1976.²³

Indudablemente, México es el país que más ha tenido que modificar su reglamentación sobre inversión extranjera para adecuarse a las exigencias, principalmente de Estados Unidos,²⁴ pero también de Canadá; en este sentido, el gobierno mexicano renunció a varias prerrogativas, como fue el caso de la cláusula Calvo, entre otras.

El capítulo XI prevé algunas excepciones que determinan los sectores en los que la inversión extranjera no puede operar libremente; en el caso mexicano, éstos fueron, en el momento de la negociación, la petroquímica, la energía y el transporte, principalmente; sin embargo, a la luz de los cambios políticos ocurridos hasta 2004, esta circunstancia tiende a cambiar sustancialmente.

²¹ Teresa Gutiérrez-Haces, "The Rise and Fall of an «Organized Fantasy»: The Negotiation of Status as Periphery and Semi-Periphery by Mexico and Latin America", en Marjorie Cohen y Stephen Clarkson, eds., *Governing under Stress Middle Powers and the Challenge of Globalization* (Londres: Zed Books, 2004), 70-89.

²² Julie Soloway, "NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest", *Choices Canada's Options in North America* 9, no. 2 (marzo de 2003): 2-29.

²³ Véase Secofi, *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (México: Secofi, 2003), 235 y 237 y Francisco González de Cossío, "México ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión", *Revista de Derecho Privado*, no. 1 (enero-abril de 2002): 2.

²⁴ La Ley de Inversión Extranjera se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1993; antes existió la Ley para Fomento de la Inversión Nacional y Control de la Inversión Extranjera, publicada el 9 de marzo de 1973; aún continúa en vigor el reglamento de la ley anterior, que data del 16 de mayo de 1989. Véase Aldo Muñoz López, "La participación de extranjeros en sociedades civiles", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 3 (2003): 247-284. En Canadá también se hicieron importantes modificaciones a la Foreign Investment Review Agency (FIRA), la cual, al cambiar su nombre por Investment Canada, también rectificó el contenido de sus funciones.

El aspecto más delicado durante la negociación de este capítulo fue, sin duda, el relativo a los procedimientos para la solución de controversias, debido a que en el ánimo de los negociadores pesaba particularmente el nacionalismo mexicano que, en el pasado había traído como consecuencia expropiaciones, nacionalizaciones y reglamentaciones muy restrictivas en los sectores económicos especialmente atractivos para los inversionistas extranjeros (petróleo, electricidad, minería y ferrocarriles).

Los negociadores estadounidenses presionaron en especial, para que en la redacción del capítulo XI quedara perfectamente estipulado que cualquier acto que lesionara la inversión extranjera sería motivo de represalias legales de diversa índole, que podrían ir desde las medidas de retorsión comercial, el bloqueo a la importación de determinados bienes, hasta indemnizaciones.

Un aspecto que exacerbó a canadienses y mexicanos durante la negociación de dicho capítulo fue la reticencia de Estados Unidos a aceptar un mecanismo permanente de solución de diferencias,²⁵ por considerar que éste lesionaría su tradicional *modus operandi*, merced al cual se reservaba un amplio margen de maniobra para interpretar los acuerdos comerciales, así como el no aceptar en primera instancia las decisiones de tribunales supranacionales ni considerar su sujeción a ellos.²⁶

La creación de un tribunal *ad hoc* para regular la aplicación del capítulo XI en el TLCAN naturalmente contradecía el derecho que por tradición se había abrogado para determinar qué políticas y prácticas comerciales del extranjero implicaban barreras a su comercio y a su inversión. Es evidente que este tribunal atentaba sobre su derecho a aplicar represalias de manera unilateral, fuera de las instancias multilaterales de comercio.

Pese a las dificultades mencionadas, por último, se estableció, dentro del capítulo XI, un MSD en los artículos 1115 a 1139. Ahí la definición de un *acto de expropiación y de compensación*²⁷ se convirtió indudablemente en el talón de Aquiles de los tres gobiernos, pues el uso e interpretación de estos términos resultó ser fuente de confusión para los gobiernos, los inversionistas y las empresas (véase el cuadro 4).

Recientemente, varios negociadores mexicanos reconocieron de manera extraoficial que ninguno había evaluado cabalmente las consecuencias de introducir al texto la expresión “equivalente a una expropiación”, en gran medida porque en el ánimo de éstos predominó el interés por establecer reglas claras y mayor certeza para los inversionistas, y no consideraron que la expresión “ni tomar una medida

²⁵ En el caso del ALC, la reticencia estadounidense a la creación de un mecanismo de solución de controversias de carácter permanente provocó que se recurriera a la creación de un mecanismo temporal para resolver disputas por medio de paneles cuyos laudos son obligatorios (capítulo XVI).

²⁶ Véase Hermann von Bertrab, *El redescubrimiento de América. Historia del TLC* (México: FCE, 1996), 135.

²⁷ “Ninguna de las Partes podrá, directa o indirectamente, nacionalizar o expropiar una inversión efectuada sobre su territorio por un inversionista proveniente de una de las Partes, *ni tomar medidas equivalentes a la nacionalización o la expropiación de tal inversión* (expropiación) salvo: a) por una razón de interés público; b) sobre una base no discriminatoria; c) de conformidad con la aplicación regular de la ley y el apartado 1105, y d) mediante el pago de una indemnización de conformidad con el párrafo 2 a 6 del TLCAN, Art. 1110”.

CUADRO 4

CAPÍTULO XI DEL TLCAN. OBLIGACIONES QUE, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO, SERVIRÍAN DE BASE PARA UNA DEMANDA

Trato/Tratamiento nacional: obligación de dar el mismo trato a la inversión y al inversionista proveniente de un país TLCAN no menos favorable que el otorgado al inversionista y a la inversión nacional en iguales circunstancias (artículo 1102).

Trato de nación más favorecida: obligación de tratar a la inversión y al inversionista no menos favorable que a la inversión y al inversionista de cualquier otro país (artículo 1103).

Estándares mínimos de tratamiento: obligación de tratar a la inversión y al inversionista conforme a las leyes internacionales, incluyendo trato justo y equitativo (artículo 1105).

Compensación en caso de expropiación: obligación de no expropiar ni directa ni indirectamente a tomar medidas equivalentes a la expropiación de una inversión sin compensación (artículo 1110).

Exigencias sobre comportamiento/operatividad/desempeño: es obligatorio la no imposición de determinados requisitos o exigencias de comportamiento, como aceptar un determinado porcentaje de contenido local o nacional en la producción o en la contratación de empleos (artículo 1106).

FUENTE: TLCAN, capítulo XI, 1992.

equivalente a la nacionalización o a la expropiación de una inversión” tendría consecuencias tan graves como lo demostró la experiencia del laudo a favor de la empresa Metalclad, así como la demanda sostenida por la corporación Waste Management en contra del gobierno mexicano (véanse los cuadros 5 y 6).

La redacción del capítulo XI se sustentó en una vasta documentación jurídica que se remontaba a la Convención de Viena, la cual determinaba jurídicamente el significado de un acto de expropiación respecto a la inversión extranjera.²⁸ En este sentido, la ONU publicó en 1959 un documento sobre lo que consideraba un acto de expropiación.²⁹ Asimismo, el Congreso de Estados Unidos celebró varias audiencias con ese propósito, dando como resultado el Acta sobre Expropiación de 1969.³⁰

²⁸ Para un análisis más profundo del significado legal de la expropiación y sus consecuencias en el caso de Canadá, véase el excelente trabajo de Andrée Lajoie, *Expropriation et fédéralisme au Canada* (Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1972), 1-328.

²⁹ International Law Commission, *Responsibility of the State for Injuries Caused in Its Territory to the Person or Property of Aliens—Measures Affecting Acquired Rights* (Nueva York: General Assembly UN, 1959).

³⁰ Stephen Clarkson, *Systemic or Surgical? Possible Cures for NAFTA's-Investor-State Dispute Process, Communication at 31st Workshop on Commercial and Consumer Law* (Toronto: Faculté de Droit, Université de Toronto, 19-20 octubre 2001, versión revisada en 2002).

CUADRO 5
 DEMANDAS CONTRA MÉXICO RESUELTAS
 CAPÍTULO XI DEL TLCAN

<i>Empresa o inversionista</i>	<i>Sede</i>	<i>Indemnización (millones de dólares)</i>	<i>Estado del caso</i>	<i>Cuestión</i>
Waste Management 18 de septiembre de 2000	CIADI	60	El fallo fue a favor de México y se dio a conocer el 30 de abril de 2004.	La empresa Waste Management demanda por segunda ocasión al gobierno de México. La primera demanda se presentó en 1998 y en el 2000 se dio el fallo a favor de éste. Ese mismo año se presenta nuevamente la reclamación, pues el inversionista considera que en el primer juicio no presentó las pruebas suficientes para su defensa
Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) 7 de abril de 1999	CIADI	50	El 16 de diciembre de 2002 el tribunal ordenó al gobierno mexicano a pagarle a CEMSA una indemnización de 17 millones de pesos mexicanos, cerca de 1.5 millones de dólares.	Marvin Feldman, ciudadano estadounidense, demandó por negarle a la empresa CEMSA (compañía extranjera comercial registrada y exportadora de cigarrillos en México desde 1990) los beneficios de una ley que reembolsa ciertos impuestos a exportadores.
Waste Management 29 de septiembre de 1998	CIADI	60	El fallo fue a favor de México y se dio a conocer el 5 de junio de 2000.	La empresa Aceverde ubicada en Acapulco, Guerrero (compañía que pertenece a Waste Management), demanda por la cancelación de la concesión de servicios públicos para el manejo de basura.

Metalclad 1 de enero de 1997	CIADI	90	En agosto de 2000 el tribunal dictó una sanción de 16.5 millones de dólares al gobierno de México.	Metalclad demanda por la cancelación de permiso de construcción y manejo de un contaminante tóxico por parte del gobierno municipal de Guadalcázar y la declaración por parte del estado de San Luis Potosí como zona ecológica.
Azinian (Desona) 17 de marzo de 1997	CIADI	19	El 1 de noviembre de 1999 el tribunal dicta su sentencia a favor de México.	Robert Azinian reclama daños por la anulación de la concesión otorgada a la empresa mexicana Desechos Sólidos de Naucalpan (Desona). Asegura que el ayuntamiento de Naucalpan anuló indebidamente una concesión para la recolección y disposición de basura y la construcción y operación de un relleno sanitario. La versión nacional menciona que el contrato fue anulado en 1994, debido a la incapacidad de la empresa extranjera para ejecutar dicha concesión.

FUENTE: Elaboración propia con información de la Secretaría de Economía y NAFTA Claims.

CUADRO 6
CASOS Y DEMANDAS PENDIENTES EN CONTRA DE MÉXICO
CAPÍTULO XI DEL TLCAN

<i>Empresa o inversionista</i>	<i>Sede</i>	<i>Indemnización (millones de dólares)</i>	<i>Cuestión</i>
Corn Products International 21 de octubre de 2003	CIADI	250	El inversionista estadounidense productor líder en Estados Unidos de jarabe de maíz de alta fructuosa demanda por el impuesto especial a la fructuosa.
Robert J. Frank 5 de agosto de 2002	UNCITRAL	1.5	El inversionista estadounidense demanda por daños y perjuicios por la disputa de una propiedad de desarrollo turístico en Baja California.
Thunderbird Gaming 1 de agosto de 2002	UNCITRAL	100	Empresa canadiense operadora de tres locales de videojuegos en México impugna la clausura de sus locales sustentada en el hecho que casi todos los juegos de azar son ilegales en México desde 1938.
Gami Investments 9 de abril de 2002	UNCITRAL	55	La compañía estadounidense desafía las regulaciones mexicanas procesando y exportando azúcar en crudo y refinada a partir de la nacionalización de los ingenios azucareros.
Fireman's Fund 15 de enero de 2002	CIADI	50	La compañía de seguros estadounidense alega que el gobierno mexicano discrimina en su contra facilitando las ventas por instituciones financieras mexicanas de bonos en pesos mexicanos, pero no la venta de bonos en dólares de Fireman's Fund.
Calmarc 11 de enero de 2002		0.4	La compañía estadounidense desafía la decisión de las cortes mexicanas en una disputa por una propiedad en Cabo San Lucas, Baja California.
Adams 16 de febrero de 2001	UNCITRAL	75	Un grupo de inversionistas de bienes raíces estadounidenses disputan una decisión de la Suprema Corte de México respecto al título de propiedad y materias relacionadas con bienes raíces.

FUENTE: Elaboración propia con información de la Secretaría de Economía y NAFTA Claims.

CUADRO 7
 DEMANDAS EN CONTRA DE CANADÁ RESUELTAS
 CAPÍTULO XI DEL TLCAN

<i>Empresa o inversionista</i>	<i>Sede</i>	<i>Indemnización (millones de dólares)</i>	<i>Estado del caso</i>	<i>Cuestión</i>
Ethyl Corporation 14 de abril de 1997	UNCITRAL	250	Después de los juicios preliminares del tribunal contra Canadá, el gobierno canadiense derogó la prohibición de MMT, emitió una disculpa a la compañía y estableció con Ethyl "fuera del tribunal" un pago de 13 mdd.	La compañía de químicos Ethyl Corporation desafió la prohibición canadiense de la importación y el comercio interprovincial del aditivo de gasolina MMT, y asegura que la demanda de los fabricantes automotrices interfiere con el sistema de diagnóstico a bordo del automóvil. La base de manegano es también una neurotoxina sospechosa.
Pope & Talbot Inc. 24 de diciembre de 1998	UNCITRAL	508	El tribunal declaró que Canadá violó el artículo 1105 del TLCAN (las Normas de tratamiento mínimo), Canadá está obligado a pagar 460 por los daños y perjuicios más el interés 120 mdd de los costos legales (la cantidad a pagar por parte de Canadá asciende aproximadamente a 915 mdd canadienses).	La empresa estadounidense Pope & Talbot desafió el sistema de cuota de exportación de madera de construcción implementado por el gobierno canadiense para llevar a cabo el cumplimiento del acuerdo de madera blanda entre Canadá y Estados Unidos.
Inversiones de Ketcham Inc. contra las inversiones de Tysa Inc. 22 de diciembre de 2000		30	Queja retirada por el inversionista el 21 de mayo de 2001.	La compañía estadounidense desafió el sistema de cuotas de exportación impuesto por el gobierno canadiense para llevar a cabo el acuerdo de madera blanda entre Canadá y Estados Unidos.

CUADRO 7
 DEMANDAS EN CONTRA DE CANADÁ RESUELTAS
 CAPÍTULO XI DEL TLCAN
 (continuación)

<i>Empresa o inversionista</i>	<i>Sede</i>	<i>Indemnización (millones de dólares)</i>	<i>Estado del caso</i>	<i>Cuestión</i>
Trammel Crow Co. 7 de septiembre de 2001		32	Queja retirada por el inversionista en abril de 2002, después de que alcanzó un acuerdo “fuera de la corte” con Canada Post.	La compañía estadounidense Trammel alegó que Post Canada los trató injustamente en la contratación de cierto servicios de propiedades inmobiliarias.

FUENTE: Elaboración propia con información del Department of Foreign Affairs and International Trade y NAFTA Claims.

CUADRO 8
CASOS Y DEMANDAS PENDIENTES EN CONTRA DE CANADÁ
CAPÍTULO XI DEL TLCAN

<i>Empresa o inversionista</i>	<i>Sede</i>	<i>Indemnización (millones de dólares)</i>	<i>Estado del caso</i>	<i>Cuestión</i>
S.D. Myers 22 de julio de 1998	UNCITRAL	20	El tribunal determinó que Canadá violó los artículos 1102 del TLCAN (Tratamiento nacional) y el 1105 (las Normas de tratamiento mínimo). Ordenó pagar 5 millones más el interés por los daños y perjuicios. Canadá ha apelado la sentencia al tribunal federal. Caso judicial pendiente.	Myers desafía la prohibición temporal canadiense (noviembre de 1995 a febrero de 1997) en la exportación de desechos tóxicos de PBC.
Sun Belt Water Inc. 2 de diciembre de 1998	UNCITRAL	10.5	El gobierno canadiense afirma que la demanda no procede, mientras el inversionista afirma que todavía está pendiente.	La empresa Sun Belt Water desafía la legislación y la moratoria de la protección del agua de Columbia Británica en exportaciones en volumen de agua de la provincia.
United Parcel Service of America Inc. (UPS) 19 de enero de 2000	CIADI	160	Pendiente	La compañía multinacional de mensajería estadounidense alega que el servicio público postal de Canadá es un monopolio excesivo. Canadá no le permite competir en la entrega expresa. UPS también alega que el servicio postal de Canadá goza de otras ventajas negadas al inversionista (por ejemplo, tratamiento de costumbres favorables).
Crompton Corp. 6 de noviembre de 2001		100	Pendiente	La compañía de químicos estadounidense desafía la prohibición canadiense en el uso del lindane, un conocido agente carcinógeno, en el tratamiento de las semillas de canola.

FUENTE: Elaboración propia con información del Department of Foreign Affairs and International Trade y NAFTA Claims.

CUADRO 9
 DEMANDAS EN CONTRA DE ESTADOS UNIDOS RESUELTAS
 CAPÍTULO XI DEL TLCAN

<i>Empresa o inversionista</i>	<i>Sede</i>	<i>Indemnización (millones de dólares)</i>	<i>Estado del caso</i>	<i>Cuestión</i>
Mondev International Ltd. 6 de mayo de 1999	CIADI	50	En octubre de 2002, el tribunal desecha la reclamación del inversionista.	La empresa inmobiliaria canadiense Mondev desafia a la Corte Suprema de Massachusetts, por la sentencia de la corte de Boston en referencia a un caso de remodelación. El gobierno municipal es protegido por inmunidad soberana por el gobierno local.
ADE Group Inc. 29 de febrero de 2000	CIADI	90	En enero de 2003, el tribunal despidió la demanda del inversionista en su totalidad. El tribunal concluyó que las medidas en cuestión eran medidas de la procuración eximidas bajo el artículo 1108 del Tratado.	La empresa de acero canadiense ADE Group no acepta las preferencias de Estados Unidos, en las que requieren que el acero de este país sea utilizado en proyectos federales financiados para la construcción de carreteras estatales.
Methanex Corp. 15 de junio de 1999	UNCITRAL	970	El caso está pendiente porque el tribunal ha aceptado la admisibilidad del caso, pedida por Methanex para aportar más evidencia y apoyar su alegato de que el gobernador Davis Gris, de California, fue influenciado por un competidor cuando él pidió la prohibición.	La compañía química canadiense Methanex desafia la prohibición del estado de California en la eliminación de MTBE, un aditivo de la gasolina. El gobierno de California afirma que ha contaminado la tierra y el agua de la superficie a lo largo del estado.

FUENTE: Elaboración propia con información del Department of Foreign Affairs and International Trade y NAFTA Claims.

CUADRO 10
CASOS Y DEMANDAS PENDIENTES EN CONTRA DE ESTADOS UNIDOS
CAPÍTULO XI DEL TLCAN

<i>Empresa o inversionista</i>	<i>Sede</i>	<i>Indemnización (millones de dólares)</i>	<i>Cuestión</i>
Loewen Group Inc. 29 de julio de 1998	CIADI	725	Loewen, una empresa funeraria canadiense, desafió la resolución de un caso civil en su contra emitido por un jurado de la corte del estado de Misisipi, y los requisitos de licencia para apelar.
Canfor Corp. 5 de noviembre de 2001	UNCITRAL	250	La compañía de madera canadiense Canfor desafía la legislación antidumping y deberes compensatorios del gobierno de Estados Unidos impuesta en contra de las exportaciones canadienses de madera blanda.
Kenex Ltd. 14 de enero de 2002		20	La empresa canadiense Kenex desafía el embargo de los productos industriales de cañamo bajo las reglas de la agencia de Narcóticos de Estados Unidos.
Tembec Inc. 3 de mayo de 2002		513	La compañía de madera canadiense Tembec desafía la legislación antidumping y deberes compensatorios del gobierno de Estados Unidos impuesta en contra de las exportaciones canadienses de mandera blanda.
Doman Inc. 1 de mayo de 2002		13,580	La compañía de madera canadiense Doman desafía la legislación antidumping y deberes compensatorios del gobierno de Estados Unidos impuesta en contra de las exportaciones canadienses de madera blanda.
James Russell Baird			El inversionista canadiense desafía la reglamentación de Estados Unidos que prohíbe la eliminación de desechos radioactivos en el mar o debajo del fondo del mar.

FUENTE: Elaboración propia con información del Department of Foreign Affairs and International Trade y NAFTA Claims.

En el TLCAN, el propósito de introducir varios artículos sobre esta práctica obedeció a una sola intención: garantizar el derecho de propiedad privada de los inversionistas sobre los medios de producción que ellos habían adquirido en el extranjero.

A contrapelo, la discusión sobre el grado de protección que tradicionalmente ha exigido la inversión extranjera en cualquier parte del mundo, fue también objeto de debate en los años sesenta y setenta del siglo XX, cuando un número importante de países del tercer mundo se consideraron amenazados por el avance de las empresas transnacionales. La posición de tales países se resumió en el contenido de la Carta de Derechos y Deberes de los Estados presentada por el gobierno mexicano en 1975 a la XXIX Asamblea General de la ONU.

Antes de la aplicación del MSD sobre inversión, previsto en el TLCAN, prácticamente ningún país en desarrollo estaba realmente dispuesto a que las regulaciones internas sobre la inversión extranjera fueran objeto de una controversia en tribunales internacionales; de ahí la reiterada mención a la cláusula Calvo cuando surgía un conflicto de esa naturaleza.

Los países exportadores de capital tampoco estaban dispuestos a someterse a los tribunales del país huésped, pues alegaban la posibilidad de juicios sesgados y la evidente inclinación de las autoridades locales a proteger a sus connacionales. Al ponderar estos aspectos, los responsables de la negociación del TLCAN, en especial los estadounidenses y canadienses, decidieron redactar minuciosamente el capítulo XI, posiblemente para tapar cualquier resquicio por donde los mexicanos pudieran escurrirse y contravenir lo establecido.

Evidentemente, estos negociadores tuvieron en mente los diversos escenarios que en el pasado habían dado lugar a acciones nacionalistas y, en este sentido, las medidas que se establecieron fueron de carácter no sólo preventivo, sino también punitivo, sin considerar cabalmente que éstas conferían a las corporaciones un inmenso margen de maniobra que podía erosionar la intervención de los gobiernos en las políticas de desarrollo económico. En la práctica, un mecanismo que fue expresamente ideado contra el nacionalismo mexicano resultó ser un arma muy poderosa en manos de las corporaciones contra los gobiernos de los tres países, no sólo contra México.³¹

En mayo de 2003, el sector privado decidió llevar a cabo un proceso de cabildeo tendiente a impedir que el capítulo XI se abriera para su renegociación. Bajo el encabezado “Chapter 11: NAFTA Needs It”, *The Financial Post* publicó en Canadá un editorial firmado por Thomas d’Aquino, John Castellani y Juan Gallardo, en el que se hacía una vigorosa defensa de ese capítulo, en especial de su MSD, recomendando que sirviera de modelo en las negociaciones del ALCA. Un mes después, se presentó en el Parlamento de Canadá la Moción M-391, encabezada por Pierre

³¹ Ni los negociadores canadienses ni los estadounidenses idearon el capítulo XI para protegerse mutuamente; sin embargo, el creciente número de empresas que han demandado a estos gobiernos demuestra que las corporaciones tanto en el ALC, como en el TLCAN “iban por lo suyo”, y que sus negociadores fueron un mero instrumento para lograr sus objetivos desregulacionistas. Véase Gilbert Gagné, “Le Règlement des différends”, en Dorval Brunelle y Christian Deblock, coords., *L’ALENA. Le Libre-échange en défaut* (Montreal: Fides, 2004), 299-310.

Paquette, quien sostenía la necesidad de renegociar el capítulo XI. Dicha moción la rechazó públicamente el Ministro de Comercio Internacional de Canadá, temiendo que peligraría la participación canadiense en las negociaciones del ALCA. Todo parece indicar que, en el futuro, los gobiernos se inclinarán más por las notas interpretativas, como la que se añadió al artículo 1105 en 2001, que llevar a cabo una enmienda. Probablemente, los tres países tratarán de rectificar algunos aspectos por medio del ALCA, sin necesidad de reabrir la discusión del TLCAN.

Dos aspectos de particular importancia han provocado el surgimiento de un número considerable de conflictos, los cuales han afectado directamente las relaciones entre los poderes ejecutivos de los tres países, sus gobiernos locales y las secretarías y departamentos de estos gobiernos. El primero se refiere a los límites y alcances de lo que se define como inversión extranjera en el capítulo XI, los cuales son particularmente amplios.³² Así, el término inversión se define de tal forma que cubre, al mismo tiempo, la acción de invertir y los resultados de esa acción. La amplia gama de sujetos y acciones que cubren este término es la raíz de la mayoría de los conflictos que ha suscitado este capítulo en los últimos diez años, lo que se explica por la diversidad de sujetos enumerados que entrarían en esta definición, dando lugar a la presencia de un extenso radio de protección jurídica para los inversionistas que, en consecuencia, conduciría a que una gran variedad de situaciones se consideren como atentatorias al capítulo XI.

El artículo 1139 ofrece una lista pormenorizada de lo que se entiende por inversión e inversionista: una empresa, el capital invertido, concesiones, derechos de propiedad industrial e intelectual, un título de participación de una empresa, un título de deuda de una empresa, un préstamo a una empresa, deuda entre afiliados, préstamos con vencimiento mayor a tres años, intereses producidos por los capitales u otros recursos (resultado de una actividad económica llevada a cabo en el territorio de la inversión), bienes inmuebles, aportaciones y transferencias a una de las partes, etcétera.³³

Esta definición necesariamente ha provocado confusión, debido a la diversidad de actividades que prevé una descripción de esta naturaleza, en especial respecto del término expropiación, ya que muy fácilmente el margen de acción de esta inversión puede toparse con limitantes consideradas atentatorias al artículo de tratamiento nacional (1102) y el artículo de trato de nación más favorecida (1103), que en el TLCAN protegen el libre desempeño de la inversión extranjera.

El segundo aspecto que ha incrementado el surgimiento de demandas es la existencia de una disposición jurídica dentro del capítulo XI (1110), la cual obliga al país perdedor a resarcir pecuniariamente al país que inició y ganó la querrela en una

³² La legislación mexicana tiene una definición más acotada de la IED que la explicitada en el capítulo XI. Ésta considera que la IED tiene cuatro componentes: las nuevas inversiones, la reinversión de utilidades, las cuentas entre compañías (que comprenden préstamos y adelanto de pagos de las matrices residentes en el exterior de sus filiales en México) e importación de activos fijos por parte de las maquiladoras.

³³ Secofi, *Tratado...*, 236, y Gustavo Vega-Cánovas, "The Experience of NAFTA Dispute Settlement Mechanism: Lessons for the FTAA" (Montreal: ponencia presentada en Atelier ALÉNA, CEIM, 2003).

de las monedas de los países que forman el Grupo de los Siete, entre los cuales se encuentran Canadá y Estados Unidos; hasta este momento, todas las demandas han sido interpuestas en dólares estadounidenses (1110, incisos 3 y 4).

Esta medida, única en su género dentro de las disposiciones del TLCAN, ha provocado actitudes francamente especulativas entre muchas empresas, las cuales, al aprovechar las cláusulas del capítulo XI, detectan espacios de inversión que de antemano se sabe que son conflictivos —en especial por sus nexos con asuntos ambientales, laborales o sociales particularmente sensibles— para iniciar sus operaciones. A sabiendas de esto, las empresas inician el proceso de inversión, buscando de manera dolosa que en algún momento las autoridades se opongan a sus operaciones y que, en consecuencia, las firmas puedan recurrir a la demanda y a las ventajas de la indemnización.

De acuerdo con lo estipulado en los artículos 1116 y 1117, las empresas querellantes deberán presentar una demanda antes de que hayan transcurrido tres años de operación, desde que la empresa detectó por primera vez la presunta violación y tuvo conocimiento de las pérdidas o daños ocasionados. Esta disposición, indudablemente coherente con los objetivos de este capítulo, ha exhibido de manera flagrante el dolo de varias empresas. Si se considera que el TLCAN entró en vigor en enero de 1994 y que la empresa legalmente no puede rebasar el límite de tres años para quejarse, resulta sorprendente que, en muchos casos, la cantidad demandada como indemnización esté visiblemente inflada respecto del monto inicial de la inversión y que, en muchos casos, resulte evidente que ni siquiera la operación llegó a la terminación de la primera etapa del proyecto o, en el peor de los casos, ni siquiera inició.

En el caso de algunas empresas querellantes, ciertas organizaciones ciudadanas han detectado información de los estados financieros de aquéllas en los que se observa que antes de iniciar la inversión revelaban una situación de quiebra y claramente buscaban el conflicto con las autoridades locales o con un sector de la población para sanear sus finanzas, mediante el cobro de la compensación; ése fue el caso de la empresa Robert Azinian que en 1997 demandó al gobierno mexicano por 19 millones de dólares; posteriormente, se descubrió que ésta sólo buscaba sanear sus finanzas internas.³⁴ En este caso, la actitud de dolo fue lo suficientemente clara como para que el secretariado del MSD del capítulo XI anulara la demanda contra México.³⁵

Un aspecto que difícilmente pasaría desapercibido es la dimensión de las empresas que han emprendido demandas contra una de las partes. Hasta ahora se trata de compañías medianas, poco relacionadas con las grandes firmas transnacionales, tradicionalmente presentes en estos países; aparentemente, el MSD se está convirtiendo en el recurso favorito de ciertas empresas que, por su estructura y naturaleza, resultan favorecidas por ese mecanismo.

³⁴ Public Citizen's Global Trade Watch en Washington y Defense of Canadian Liberty Committee en Canada.

³⁵ Public Citizen, *NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy. Lessons for Fast Track and the Free Trade Area of the Americas* (Washington, D.C.: Public Citizen, 2001), 34, y Rémi Bachand, "Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, quelles leçons en tirer?", *Cahiers de recherche* 1, no. 11 (octubre de 2001): 25.

Destaca que un número considerable de los casos que han sido presentados en contra del Estado mexicano se vinculen con asuntos ambientales, más concretamente con el manejo de desechos tóxicos. Casos similares se presentan en Canadá. Sin embargo, la demanda por parte de la empresa canadiense de juegos de video Thunderbird contra el gobierno de México, de nuevo revive ciertos aspectos que ya se habían detectado en el caso de Metalclad contra el gobierno mexicano, concretamente la incapacidad de las autoridades de mandos medios para interpretar correctamente las operaciones de cierto tipo de inversión bajo el cobijo o protección del TLCAN.³⁶

Por sus características, el capítulo XI trastoca los tres niveles de poder político: federal, estatal y municipal, y exige que los Estados paguen compensaciones en efectivo que normalmente se destinarían a los ingresos federales de cada país. En ese sentido, si continúa el incremento de ese tipo de demandas, los gobiernos locales enfrentarían una merma considerable de su presupuesto, con el consiguiente daño a la ciudadanía; tal es el caso del laudo que favoreció a la empresa estadounidense Metalclad contra el gobierno mexicano, que tras una prolongada negociación debería pagar 16.5 millones de dólares a la demandante, en lugar de noventa millones de dólares que reclamaba en un principio.

Inicialmente, el gobierno mexicano accedió a pagar la compensación por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP); sin embargo, el 8 de marzo de 2002, esa dependencia envió un oficio en el que “invitaba” a las autoridades de San Luis Potosí a que pagaran el adeudo, o en caso contrario se haría un descuento de las participaciones federales que le correspondían, ya que fue éste, junto con el municipio de Guadalcázar, los que violaron las obligaciones contraídas contra la estadounidense Metalclad. Esta inesperada decisión sentó un importante precedente en México en cuanto a la forma como el gobierno mexicano consideraba que debía darse solución a los conflictos derivados del TLCAN.

Desde luego que San Luis Potosí carecía de la capacidad fiscal suficiente para pagar esa demanda con sus propios recursos, por lo tanto, la SHCP decidió que este monto sería tomado directamente de las transferencias y participaciones que la federación entrega a las entidades federativas. En marzo de 2004, de manera sorprendente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió su fallo respecto a si el gobierno de San Luis Potosí debía pagar a la SHCP el adeudo que ésta había cubierto a la empresa Metalclad.

Este fallo fue la respuesta de la SCJN al juicio que el gobierno de San Luis Potosí había entablado contra la SHCP. La Suprema Corte revisó si aquella tenía o no

³⁶ En este caso, la clausura e incautación de las máquinas de video de la empresa Thunderbird fueron ordenadas por un funcionario de la Secretaría de Gobernación, la cual consideró que este tipo de inversión entraba dentro de la misma interpretación que las leyes mexicanas hacen de los casinos y los establecimientos que organizan juegos de azar desde los años treinta del siglo XX. La orden claramente obedeció al cumplimiento de la legalidad, pero no tomó en consideración el carácter de “excepcionalidad” de la inversión estadounidense y canadiense gracias al TLCAN. Así pues, tanto la clientela, como los propietarios, fueron desalojados a “punta de pistola” por la policía que clausuró el local, incautó las máquinas y las ganancias. La respuesta al celo profesional del funcionario que dictó la orden fue una demanda contra el gobierno mexicano ante el capítulo XI.

las facultades para retener las participaciones federales por ese concepto. De acuerdo con el criterio emitido por la SCJN, el gobierno federal no podía descontar de las participaciones el pago de las sanciones internacionales que el gobierno estatal había propiciado al incumplir el tratado.³⁷

De acuerdo con la Ley de Coordinación Fiscal y los convenios respectivos suscritos: “la SHCP tiene facultades para hacer retenciones en algunos casos, pero no en éste”. Si bien San Luis Potosí había celebrado convenios de coordinación fiscal con la Federación, las participaciones no se comprometieron para garantizar el pago de obligaciones que resulten al Estado mexicano por el incumplimiento del TLCAN; por tanto, “el secretario de la SHCP resulta incompetente para realizar el descuento de las participaciones federales que le corresponden a la entidad actora”.³⁸

La SCJN anuló el oficio que la SHCP giró al gobierno de San Luis Potosí para descontarle 16.5 millones de dólares que el gobierno federal pagó a la empresa estadounidense.³⁹ Estos hechos nos llevan a analizar la forma en que el pacto federal en México se ha desarrollado en relación con la marcha del TLCAN desde la perspectiva de las regiones.

Territorio, regiones y gobiernos locales bajo el TLCAN

El territorio virtualmente está ausente a lo largo del contenido del TLCAN, salvo las consideraciones mencionadas en el Anexo 201.1, pobremente copiadas de cualquier manual de geografía política de México, el cual describe vagamente lo que significa el territorio: estados de la federación, el Distrito Federal, islas, arrecifes, la plataforma continental y las aguas de los mares territoriales, principalmente. En ese mismo anexo, los negociadores canadienses y estadounidenses definieron lo que consideran su territorio; Canadá no menciona sus provincias ni sus territorios; sólo lo define como el espacio donde se aplica su legislación aduanera. Estados Unidos es menos parco y considera que su territorio es el aduanero, que incluye los cincuenta estados, el Distrito de Columbia y Puerto Rico.

Es imposible que en la lectura del Anexo 201.1 del TLCAN pase inadvertida la definición de lo que se considera *nacional*, que sólo contiene dos incisos, concretamente correspondientes a lo que México y Estados Unidos consideran, bajo sus leyes, como nacionales. No hay mención alguna sobre cómo define Canadá sus nacionales; estas omisiones, tanto en la definición de la división política de su territorio como sobre quiénes considera que son sus nacionales, introducen un inquietante precedente en la parte canadiense.

³⁷ Víctor Fuentes, “Pierde SHCP cobro por tiradero”, *Reforma*, 5 de marzo de 2004, 2 (A).

³⁸ “Eximen a San Luis Potosí del pago a Metalclad. Anula Suprema Corte decisión de descontar US\$ 16 millones de sus participaciones”, *Pulso de San Luis Potosí*, 10 de marzo de 2004.

³⁹ Para mayor información, véase Jesús Aranda, “Determina la SCJN que el gobierno no puede comprometer participaciones de los estados”, *La Jornada*, 5 de marzo de 2004, 21.

Desde una perspectiva más amplia que el mero contenido de las disposiciones negociadas en el TLCAN, destaca el hecho de que las diversas regiones que forman el territorio de los tres países firmantes entraron, como consecuencia de éste, en una dinámica económica y política insospechada desde quince años atrás.

El caso de México es, en este sentido, relevante; la transformación económica del territorio mexicano ha sido brutal en los últimos años, en parte debido a un proceso de desindustrialización, cuya consecuencia ha sido el retroceso social y económico de las regiones, aun en las que existe una fuerte tradición de crecimiento económico, como el centro de la república mexicana y la frontera norte.

Las nuevas condiciones de intercambio internacional, sin sanción por algún acuerdo económico, sino resultado de la crisis abierta y de la apertura económica, provocaron que algunas regiones conocieran un crecimiento real, pero dentro del contexto de una economía nacional en plena regresión; éste fue el caso, hasta hace poco, de la frontera norte con el auge maquilador y algunos otros espacios donde se instalaron nuevos proyectos turísticos; áreas de explotación minera y, sobre todo, ciudades donde se ubicaron empresas ligadas a los mercados externos.⁴⁰

El punto central en esta parte del análisis es el tratamiento del territorio y las regiones en el TLCAN. Nuestra hipótesis es que, a partir de la apertura comercial en los años ochenta, el territorio pasó a ser regulado exclusivamente por el mercado y que la actual planificación de este último obedece más a la ley de la oferta y la demanda en un mercado globalizado, que a criterios sociales y políticos vinculados con las necesidades de la ciudadanía.

Dentro de este territorio, delimitado por los intereses de un mercado claramente condicionado por los componentes externos, la inversión desempeña un papel central, aunado a la aplicación de las medidas relacionadas con la inversión extranjera contenidas en el capítulo XI del TLCAN.

Posiblemente, la diferencia más flagrante respecto de la presencia de la inversión extranjera en determinadas regiones reside en la orientación y propósito del pasado, al destinarse explícitamente a fortalecer ciertos sectores que el gobierno en turno consideraba prioritarios.

En nuestra opinión, con el TLCAN, el gobierno de cualquiera de las partes tiene menos margen de acción que en el pasado para decidir el destino físico de la inversión extranjera. Ésta, como ya se mencionó, se respalda en la cláusula de tratamiento nacional, lo que permite asentarse en prácticamente cualquier lugar del territorio nacional. Como consecuencia, esa inversión ha manifestado en años recientes ciertas preferencias en su localización, que no necesariamente coinciden con los intereses del gobierno federal o estatal, así como de la ciudadanía. De tal manera que el Estado se ve desprovisto de su función reguladora y entra potencialmente en conflicto con los intereses de la inversión extranjera, como ha sido el caso de las diez compañías que, amparadas en el capítulo XI, han presentado demandas

⁴⁰ Teresa Gutiérrez-Haces y Daniel Hiernaux-Nicolas, "Economic Changes and the Need for a New Federalism: Lessons from Mexico's Northern States", *The American Review of Canadian Studies* 26, no. 2 (1996): 233-244.

formalmente ante el MSD, instalado para estos efectos contra el gobierno mexicano. Respecto del carácter de estos conflictos, los cuadros 5 y 6 reflejan ampliamente la diversidad de motivos que han dado origen a las demandas.

Parte de la IED, debido al TLCAN, se dirige a nichos de mercado en determinadas actividades, donde las empresas extranjeras consideran que cuentan con una ventaja competitiva importante. Tal ha sido el caso de la inversión destinada al ambiente, infraestructura urbana y actividades directamente relacionadas con el sector primario, como los bosques y la pesca. Esto ha traído consigo serios conflictos, a causa de que la reglamentación ambiental es relativamente nueva para los gobiernos locales. Junto a esto encontramos la privatización del manejo de determinados servicios de infraestructura, como el tratamiento del agua, la recolección de basura, el servicio de limpieza urbana y el manejo de los desechos tóxicos. En muchos casos, estos aspectos han enfrentado a los gobiernos locales y a la ciudadanía contra compañías sin escrúpulos.

La negociación del TLCAN y su puesta en vigor en México desencadenaron una importante campaña destinada a convencer a diversos sectores económicos de que era una gran oportunidad y que como tal había que aprovecharla. Como resultado, muchos gobiernos estatales y municipales de México fueron impelidos a buscar canales para atraer inversión canadiense y estadounidense a su territorio; excepto los estados de la frontera norte y algunos otros del centro del país, la mayoría tenía escasa experiencia al respecto. Una de las razones era que, hasta ese momento, la política de atracción de la inversión extranjera no había sido una estrategia específica para muchos gobiernos locales, en especial para los municipios, debido al tradicional centralismo del Estado mexicano, que desde la Comisión Federal de Inversión Extranjera manejaba los criterios de ingreso y destino de las inversiones. Estas pautas eran muchas veces políticas y servían para premiar o castigar a ciertos gobiernos locales, en particular cuando dejaron de pertenecer al Partido Revolucionario Institucional (PRI).

Fueron los gobiernos estatales conformados por miembros del Partido Acción Nacional (PAN), los que empezaron a recurrir a políticas públicas destinadas a incrementar la presencia de empresas extranjeras en su jurisdicción; Vicente Fox, en su estadía en la gubernatura del estado de Guanajuato, destacó en la promoción en el exterior de esa entidad; algo similar ocurrió con Baja California. Sin embargo, estos casos fueron excepcionales, debido a que estos mandatarios tenían una experiencia empresarial previa a su desempeño como servidores públicos.

En el pasado, la política regional sobre inversión extranjera había sido claramente regulatoria y federalizada, lo que provocó que los gobiernos estatales, salvo claras excepciones, tampoco logaran su autonomía para llevar a cabo una política de atracción de la IED.

Sólo a partir del TLCAN algunos gobiernos estatales y municipales se decidieron a viajar y dar a conocer las ventajas que ofrecía su región, tales fueron los casos de Ecatepec y Naucalpan, del Estado de México, que promovieron sus intereses en Canadá; más recientes son los casos de los gobernadores de Chihuahua, del Estado de México y de Hidalgo, quienes han emprendido estrategias de promoción, no sólo en Estados Unidos o en la Unión Europea, sino también en China.

Es un hecho que las negociaciones del TLCAN del lado mexicano ignoraron prácticamente el sentir de los gobiernos locales, excepto el caso de los ubicados en la frontera norte y el Estado de México, principalmente. Los criterios utilizados en este sentido buscaron, en primer término, favorecer las actividades altamente exportadoras, y los estados con una importante presencia de la industria automotriz, como Puebla, Sonora o el Estado de México, se consideraran, pero más bien en función de su importancia económica en el esquema que se negociaba, independientemente de criterios de desarrollo económico y social. Todavía más, durante las negociaciones del lado mexicano no prevalecieron especialmente los intereses de las entidades federativas, sino los de las empresas transnacionales asentadas en estos estados, como lo prueba el contenido del capítulo sobre las Reglas de Origen del TLCAN.⁴¹

Quizá si los gobiernos estatales y locales no hubieran sido orillados a ofertar su región con tanta celeridad, habría sido posible levantar una infraestructura burocrática ad hoc que orientara a los gobiernos más inexpertos en los vericuetos del capítulo XI. En su lugar, tenemos un Poder Ejecutivo confundido entre su responsabilidad política, su origen empresarial y la indiscutible lealtad hacia Estados Unidos. En ocasiones, esto reduce las funciones del gobierno, que se limita a garantizar la existencia de un marco jurídico apropiado que facilite el buen funcionamiento del TLCAN, bajo el liderazgo corporativo. Si bien los tratados los negocian los estados, es necesario que para aplicarlos se reformule la responsabilidad y distribución de las competencias, con plena autonomía del TLCAN.

Conclusiones

La falta de orientación de las políticas centrales y la incapacidad de muchos de los gobiernos locales para desarrollar políticas autónomas —lo que Panayotis Soldatos llama la *paradiplomacia* local—, que les permitirían desempeñar un papel central en las grandes ligas internacionales, ha provocado que los poderes locales experimenten más presiones que ventajas en un entorno económico influido por el TLCAN.

En nuestra opinión, el gobierno de México lanzó prematura o apresuradamente la responsabilidad de la apertura económica sobre los gobiernos estatales y municipales, sin prever que esta decisión debía haber sido antecedida por un proceso preparatorio de transición encabezado por instancias acordes con el aparato gubernamental.

Ante los casos de disputas ocasionadas por la aplicación del capítulo XI del TLCAN, se constata que el gobierno federal, y algunos gobiernos estatales, como Morelos, en relación con el caso de la pugna Costco-Casino de la Selva,⁴² no se encon-

⁴¹ Teresa Gutiérrez-Haces, “Territoires en mondialisation: le chapitre XI de l’ALENA et l’espace local au Mexique”, en Martine Azuelos, María Eugenia Cosío-Zavala y Jean-Michel Lacroix, coords., *Intégration dans les Amériques: dix ans d’ALENA* (París: Presses de la Sorbonne Nouvelle, 2004), 241-256.

⁴² A raíz de los actos de protesta que originaron la destrucción del hotel Casino de la Selva y la construcción de un hipermercado por la empresa Costco, el gobernador del estado de Morelos declaró que prefería poner en prisión a estos grupos que ser objeto de una demanda por medio del capítulo XI,

tró en la posición de ofrecer soluciones alternativas, dejando estallar en muchas ocasiones los conflictos, sin encontrar posteriores soluciones, más sensibles a la problemática de los gobiernos locales y de la sociedad civil, como ocurrió en el caso de Metalclad-estado de San Luis Potosí-municipio de Guadalcázar.

Hasta aquí analizamos los mecanismos que permiten a las empresas extranjeras tomar decisiones prácticamente unilaterales respecto de su localización en el territorio donde se aplica el TLCAN, pero también se aludió a los crecientes problemas en la organización territorial y la casi ausencia de un cuadro coherente de políticas públicas para enfrentar los conflictos emanados del capítulo XI de ese instrumento comercial. Asimismo, se trató de poner en evidencia cómo las empresas con capital extranjero no siempre llevan a cabo un juego transparente, como es el caso de algunas empresas que consideran la indemnización que otorga el capítulo XI como un mecanismo para sanear sus finanzas.

A esto se agregarían situaciones de mayor gravedad, en que los inversionistas extranjeros utilizan para su beneficio los defectos más flagrantes del sistema político mexicano, como la corrupción. Muchos de esos casos en contra de México, a raíz de la aplicación del capítulo XI, tienen en su origen dos ingredientes: la “pequeña corrupción” de un funcionario menor y la contrariedad del inversionista que, pese a que incurrió en actos de corrupción, constata que su inversión se enfrenta con obstáculos legales y políticos. La demanda, vía capítulo XI, en estos casos, también es un acto de represalia del inversionista contra quienes le ofertaron un país “lleno de oportunidades”. Los conflictos provocados por el capítulo XI, lejos de ser casos menores, afectan a vastos sectores sociales, en ocasiones a regiones completas y con frecuencia lesionan las relaciones entre la federación y los poderes locales. Los territorios globalizados son, sin lugar a dudas, un espacio adecuado para que inversionistas sin escrúpulos intenten construir un tipo de “jaula dorada” weberiana, en escala multinacional, que constituya una forma de regulación sobre la cual los gobiernos locales tienen muy poco que decir y mucho menos defenderse judicialmente.

A diez años de la puesta en marcha del TLCAN, resulta complejo prever la evolución de los conflictos derivados del capítulo XI, pero es evidente que estas disputas son resultado de una apertura de los mercados, seguida de una regulación internacional que ha ignorado desde el principio los impactos sobre el territorio, los gobiernos locales y la sociedad civil.

como había ocurrido en otros estados de la república mexicana. Para mayor información, véase Alejandro Hernández, “Revelan la restauración de murales de ex Casino”, *Reforma*, 12 de septiembre de 2003, 2(C).

Fuentes

APPEL MOLOT, MAUREEN

2002 “NAFTA Chapter 11: An Evolving Regime”. Ponencia presentada en la NAFTA Chapter Conference, Carleton University.

BACHAND, RÉMI

2001 “Les Poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l’ALENA, quelles leçons en tirer?”, *Cahiers de Recherche* 1, no. 11 (octubre).

BERTRAB, HERMANN VON

1996 *El redescubrimiento de América. Historia del TLC*. México: Fondo de Cultura Económica.

CLARKSON, STEPHEN

2001 “Systemic or Surgical? Possible Cures for NAFTA’s-Investor-State Dispute Process”. Communication at 31st Workshop on Commercial and Consumer Law, Faculté de Droit, Université de Toronto, 19-20 octobre. Versión revisada en 2002.

COMUNIDAD ANDINA

2003 *Análisis del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos*. Perú: Comunidad Andina.

DAVIDSON, P. y L. PERRET

1991 *Commercial Arbitrations in the Americas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

FERNÁNDEZ, JOSÉ ÁNGEL

2003 “Tratado de Libre Comercio Chile-USA”. Santiago: CESLA.

GAGNÉ, GILBERT

2004 “Le Règlement des différends”, en Dorval Brunelle y Christian Deblock, coords., *L’ALENA. Le Libre-échange en défaut*. Montreal: Fides.

GOBIERNO DE CHILE

2003 *Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos*, Chile: Gobierno de Chile.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO

2002 “México ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión”. *Revista de Derecho Privado*, no.1 (enero-abril): 85-107.

GUTIÉRREZ-HACES, MARÍA TERESA

- 2002 “Las reglas de origen como un mecanismo de exclusión en el bloque comercial de América del Norte”, en Jorge Basave y Carlos Morera, comps., *Globalización y alternativas incluyentes para el siglo XXI*. México: Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM-Porrúa.
- 2003 “Pressions des investissements sous la gouvernance au Mexique dans le cadre du chapitre XI de l'ALÉNA”, Atelier ALÉNA, Communication, CEIM, Montreal.
- 2004a “The Rise and Fall of an «Organized Fantasy»: The Negotiation of Status as Periphery and Semi-Periphery by Mexico and Latin America”, en Marjorie Cohen y Stephen Clarkson, eds., *Governing under Stress Semi-peripheral Countries under Globalism*. Londres: Zed Books.
- 2004b “Territoires en mondialisation: l'ALÉNA et l'espace local au Mexique. Le rôle du chapitre XI”, en Martine Azuelos, María Eugenia Cosío-Zavala y Jean-Michel Lacroix, coords., *Intégration dans les Amériques: Dix ans d' ALÉNA*. París: Presses de la Sorbonne Nouvelle.

GUTIÉRREZ-HACES, TERESA y DANIEL HIERNAUX-NICOLAS

- 1996 “Economic Changes and the Need for a New Federalism: Lessons from Mexico's Northern States”, *The American Review of Canadian Studies* 26, no. 2: 233-244.

HART, MICHAEL y DYMOND WILLIAM

- 2002 “NAFTA Chapter: Precedents, Principles and Prospects”. Conferencia presentada en la NAFTA Chapter Conference, Carleton University.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

- 2001 *Derechos privados, problemas públicos*. Ottawa: WWF, 2001.

LAJOIE, ANDRÉE

- 1972 *Expropriation et Fédéralisme au Canada*. Ottawa: Les Presses de l'Université de Montréal.

LLOBET IGLESIAS, GABRIELA

- 2002 *El Tratamiento de la inversión en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en los acuerdos comerciales*. Costa Rica: Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.

MUÑOZ LÓPEZ, ALDO

- 2003 “La participación de extranjeros en sociedades civiles”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 3: 247-284.

ODELL y EICHENGREEN

1998 “The U.S, the ITO and the WTO”, en Anne Krueger, *The WTO as an International Organization*. Chicago: The University of Chicago Press.

ROCH, FRANÇOIS

2004 “Le Chapitre 11: bilan et perspectives”, en Dorval Brunelle y Christian Deblock, coords., *L'ALENA. Le Libre-échange en défaut*. Montreal: Fides.

SCHNEIDERMAN, DAVID

1996 “NAFTA’s Taking Rule: American Constitutionalism comes to Canada”, *University of Toronto Law Journal*, no. 46.

2004 “Taking Investments Too Far: Expropriation in the Semi-Periphery”, en Cohen y Clarkson, eds., *Governing under Stress...*

SECOFI

1993 *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. 2 ts. México: Secofi.

SOLERVICENS, MARCELO

2003 *Impactos del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos*. Montreal: CEIM.

SOLOWAY, JULIE

2003 “NAFTA’s Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest”, *IRPP* 9, no. 2.

SHRYBMAN, STEVEN

2001 *WTO: A Citizen’s Guide*. Ottawa: Canadian Center for Policy Alternatives, 2001.

TAMBURINI, FRANCESCO

2002 “Historia y destino de la «Doctrina Calvo»: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?” *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, no. 24: 81-101.

UNITED NATIONS

2000 *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. Nueva York: United Nations.

VEGA CÁNOVAS, GUSTAVO

2004 “La experiencia del capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Lecciones para el ALCA”, en Jorge Witker, coord., *El Área de Libre Comercio de las Américas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

2003 “The Experience of NAFTA Dispute Settlement Mechanism: Lessons for the FTAA”, ponencia, Atelier ALÉNA, CEIM, Montreal.

WITKER, JORGE

2002 “Aspectos regulatorios-institucionales de la inversión extranjera directa”, en Marcos Kaplan e Irma Manrique, coords., *Regulación de flujos financieros internacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

WITKER, JORGE, coord.

2004 *El Área de Libre Comercio de las Américas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.