

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior identificamos diversas líneas de discusión relativas al impacto de la globalización en el derecho constitucional, y encontramos que una posible línea de investigación es la que se ocupa de examinar cómo es que ciertos procesos y fenómenos identificados con aquella afectan o pueden afectar normas y principios básicos de las Constituciones de los Estados nacionales. Asimismo, dentro de esta línea encontramos diversas sublíneas de análisis, tales como la referida a la manera en que las instituciones de la ‘gobernanza global’ pueden llegar a influir en las Constituciones de los Estados nacionales; la relativa a la llamada internacionalización del derecho constitucional, y la que se preocupa por examinar los patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional.

En el presente capítulo examinaremos los alcances de las primeras dos sublíneas. En primer lugar, procederemos a estudiar el fenómeno por el cual las instituciones de la llamada ‘gobernanza global’ pueden llegar a influir de manera importante las normas constitucionales de los Estados nacionales. En este caso, nos referimos al enfoque que vincula la globalización financiera y las instituciones que la gobiernan con cambios en los sistemas jurídicos domésticos, algunos de los cuales pueden involucrar a normas de las Constituciones nacionales, incluidas las mexicanas. Instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional ejercen una gran influencia en el cambio institucional de muchos países, a través de sus programas de asistencia técnica y los préstamos condicionados. Ante esta realidad, consideramos que vale la pena estudiar si tal influencia ha alcanzado el nivel constitucional, en el caso de México.

En segundo lugar, exploraremos la manera en que los tratados de libre comercio o los tratados sobre protección de inversiones suscritos por México pueden afectar al derecho constitucional mexicano. Dejaremos para el siguiente capítulo el examen de la influencia que sobre el derecho constitu-

cional nacional tienen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano (específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos), así como la tercera sublínea, relativa a los patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional.

Ahora bien, consideramos que nuestro punto de partida debe ser una definición del derecho económico internacional (DEI) que nos sirva para encuadrar la discusión y análisis posteriores. Esto es así, porque, como se explicará, el DEI engloba tanto a las organizaciones internacionales que gobiernan las finanzas y el comercio internacionales como a la densa red de tratados de libre comercio y de protección de inversiones que existen en la actualidad. En este sentido, consideramos que el DEI puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan a actores y actividades económicas que cruzan o tienen impactos a través de los límites de un solo sistema jurídico y económico, y que opera o impacta en el sistema económico global.³⁰⁵ Su núcleo está conformado por las normas que regulan las relaciones económicas de los Estados y las organizaciones internacionales entre sí (por ejemplo tratados de libre comercio, tratados de protección recíproca de inversiones, tratados constitutivos del BM, FMI, OMC, entre otros), pero incluye también reglas del intercambio económico privado (contratación comercial internacional, *lex mercatoria*) en la medida en que estas influyen en el sistema económico global.³⁰⁶

En realidad, como explica Herdegen, el DEI está formado por una red de normas que provienen de diversas fuentes y que se relacionan con el amplio espectro de las actividades económicas de los Estados, las organizaciones internacionales y las empresas privadas, que regulan el intercambio económico internacional:

Este desarrollo promueve un entrelazamiento científico-jurídico de los sistemas jurídicos aislados que regulan el establecimiento en el extranjero de las empresas, el comercio internacional de bienes y servicios, la migración de fuerzas laborales y la circulación internacional de capitales. De ahí se deduce una visión jurídica global del orden económico internacional: el derecho internacional económico.³⁰⁷

³⁰⁵ Ortino, Federico y Ortino Matteo, “Law of the Global Economy: In Need of a New Methodological Approach?”, en Picker, Colin *et al.* (eds.), *International Economic Law, The State and Future of the Discipline*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2008, p. 89.

³⁰⁶ Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, 2a. ed., Bogotá, CIEDLA-Fundación Konrad Adenauer, 1998, p. 25.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 20.

Por ello es que el DEI está ligado a las reglas de las relaciones económicas internacionales, en un entramado de las normas del derecho internacional y nacional en donde la división en parcelas “nacional”, “internacional”, “público”, “privado”, “civil”, “administrativo” “mercantil” tiende a pasar a un segundo plano (lo cual va en contra, cabe observar, de las nociones tradicionales del derecho moderno, que sintetiza y ordena la realidad jurídica, precisamente, con base en dichas “parcelas”).³⁰⁸

En razón de lo anterior, Ortino y Ortino proponen una nueva perspectiva metodológica en el estudio del DEI: “...que cruce a través de los límites entre *sistemas jurídicos* (por ejemplo, nacional, regional, internacional y trans-nacional) y entre *campos del derecho* tradicionales (por ej. derecho constitucional, comercial y procesal)”.³⁰⁹ Para estos autores, la aproximación metodológica del derecho internacional, basada en el viejo paradigma del Estado-nación, carece de la necesaria extensión para verdaderamente lograr una comprensión amplia de la economía global. El derecho internacional fracasa en este aspecto porque está limitado por su enfoque en ‘sus’ fuentes del derecho, omitiendo otras reglas que pueden ser tan, o a veces más, relevantes para la regulación de la economía global.³¹⁰ A su vez, esto implica que el DEI, como sector de normas, abarca niveles normativos que van de los sistemas jurídicos nacionales, a los regionales, internacionales y transnacionales, y como disciplina, no puede prescindir de analizar y sistematizar, como su objeto de estudio, a normas de todos esos niveles, en la medida en que sean relevantes para la regulación y funcionamiento de la economía global.³¹¹

En una visión más amplia, puede decirse entonces que el DEI estudia las reglas jurídicas que afectan al sistema económico global. Analiza las reglas —cualquier regla— en relación con su impacto en el sistema económico global; esto es, las reglas —cualquier regla— que sean relevantes para la existencia y operación del sistema económico global, que es su objeto (y es lo que lo define, no sus fuentes del derecho). De esto se sigue que el DEI abarca una amplia área de reglas. Se empalma con varios campos jurídicos de investigación al lidiar con regulaciones que son también estudiadas por

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 22.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 89 y 90.

³¹⁰ Citan a Erler, quien decía que la definición de DEI no debía estar basada en el origen de las normas, sino en el objeto de las normas. Y todo ese grupo de normas relativas a las mismas actividades y hechos económicos solo pueden ser entendidos en su mutua relación. Erler, G., *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts* (Verlag Otto Schwartz & Cp. 1956), pp. 9-19 y 38. Citado por Otrino y Otrino, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

³¹¹ *Idem*.

otros especialistas,³¹² incluidos —se entiende— los constitucionalistas. Es el “derecho de la economía global” en el que hay “derecho internacional de la economía” (reglas de derecho internacional que regulan las relaciones económicas internacionales, GATT, OMC, BM, FMI, tratados de libre comercio y de inversiones), pero también a normas que emanan de otros actores y fuentes (piénsese, por ejemplo, en la llamada *lex mercatoria*, que emana de acuerdos y costumbres de operadores mercantiles a nivel internacional; o en las normas de la Comisión de Basilea, que emanan de decisiones y acuerdos de los bancos centrales de los países más desarrollados).³¹³ Incluso, algunos autores se han referido a la existencia de “proveedores de derecho no territoriales”, como el FMI y la OMC.³¹⁴

Aclarado lo anterior, en el presente capítulo abordaremos en primer lugar la discusión relativa a la medida en que las instituciones de la ‘gobernanza global’ económico-financiera (BM, FMI) tienen o pueden llegar a tener un impacto sobre la evolución constitucional de México. Esta discusión se vincula con el fenómeno de generación y recepción de modelos jurídicos, doctrinales y normativos impulsados por organizaciones supranacionales u organismos de crédito internacionales. Se trata de un grupo heterogéneo de sujetos que proponen la adopción de reglas jurídicas en el marco de proyectos de “asistencia técnica” o “asistencia jurídica”, iniciativas que pueden

³¹² *Ibidem*, pp. 95 y 96.

³¹³ *Idem*.

³¹⁴ Mattei y Monti emplean el concepto de Sacco acerca de los *legal formants*, es decir, las partes o elementos formativos de un sistema jurídico, que pueden estar o no en armonía unos con otros, para desarrollar la idea de que estos interactúan y de alguna forma *compiten* en la determinación final del derecho en las distintas sociedades. De esta forma, argumentan que la competencia, más que la jerarquía, es la idea que captura la relación entre distintas fuentes de autoridad jurídica. De esta idea surge la tesis que defienden estos dos autores: si el derecho puede ser entendido como el resultado de la competencia entre proveedores alternativos y heterogéneos de autoridad jurídica, el concepto de eficiencia económica puede ser usado para explicar el cambio jurídico: “Competition is at play either among different legal orders, or between different sources of the law within a given system; within a single legal system, legal formants compete for the solution of each legal problem, while in the international arena, there exist a competition between national legal regimes... In both settings, the competition between suppliers of legal rules greatly affects legal change and the evolution of law. A recent study in comparative law and economics focusing on the controversial issue of European legal integration suggests, for example, that ‘competition between jurisdictions will generate a tendency for national legal principles to converge in those areas of law designed primarily to facilitate trade’, while in contrast ‘there is, in general, no reason to expect this phenomenon to apply to interventionists areas of law because national preferences regarding the level of protection are likely to differ’ (Ogus, 1999)”. Mattei, Ugo y Monti, Alberto, “Comparative Law and Economics”, Società Italiana di Economia Pubblica, Università di Pavia, XV Conferenza, 3-4 de octubre, 2003, pp. 3-7.

adoptar diferentes modalidades: ayuda de organismos de Estado; asistencia de organizaciones internacionales; ayuda de fundaciones y organizaciones privadas; ayuda de centros universitarios. Además, como señala Ajan, en determinados sectores altamente “técnicos”, la presencia de un único sujeto que propone modelos es una garantía de uniformidad. Y el hecho de que otorgue créditos y otras ayudas económicas es garantía de adopción del modelo propuesto.³¹⁵

En segundo lugar, examinaremos la posible influencia que regímenes como el de la OMC o de los tratados de libre comercio y de protección recíproca de inversiones pueden tener sobre los sistemas constitucionales nacionales, en particular sobre el mexicano.

II. LAS INSTITUCIONES DE LA ‘GOBERNANZA GLOBAL’ FINANCIERA Y SU IMPACTO CONSTITUCIONAL

Diversos autores han reflexionado sobre la influencia que instituciones financieras globales ejercen sobre los sistemas jurídicos nacionales. En el nivel más teórico y general, este enfoque se puede apreciar en trabajos como el de Pedro de Vega, quien nos habla del choque frontal que se está dando en la actualidad entre la *ideología del constitucionalismo* y la *ideología de la mundialización económica*.³¹⁶ En este sentido, De Vega analiza una serie de problemas del constitucionalismo presente, que asocia a la mundialización económica, y que en esencia han llevado a la incapacidad de la Constitución de controlar poderes reales y a la crisis del principio democrático.³¹⁷

En la misma línea, Javier Ruipérez ha examinado lo que califica como “la crisis de los principios constitucionales en los modernos procesos de integración del neoliberalismo tecnocrático”. En esencia, sostiene que lo que en realidad hace la mundialización es eliminar los esquemas políticos y jurídicos nacidos de Westfalia, y con ello negar todos y cada uno de los principios y valores del constitucionalismo moderno.³¹⁸ Y en el mismo tono crítico, Pisarello ha sostenido que la globalización ha significado en realidad una apertura de las Constituciones a normas y disposiciones mercantiles más

³¹⁵ Ajan, Gianmaria, “La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, oct.-dic., 1994, pp. 1088, 1094-1101 y 1103.

³¹⁶ Vega, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, p. 177.

³¹⁷ *Idem*.

³¹⁸ Ruipérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización*, México, UNAM, 2005, pp. 173 y 174.

bien secretas, impuestas en beneficio de unos pocos poderes privados y públicos transnacionales, en ocasiones ilegales y extralegales.³¹⁹

Por su parte, y en un nivel más concreto, Stephen Zamora ha observado lo que denomina ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el FMI, el BM o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades supranacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los Estados Unidos (el profesor Zamora es estadounidense) encontrarían completamente inapropiada.³²⁰

También con un enfoque concreto y específico, puede encontrarse el estudio de Sergio López Ayllón, quien vincula buena parte de los extensos y profundos cambios jurídicos ocurridos en México a partir de la década de los ochenta (privatización, desregulación, racionalización del marco regulatorio), a recomendaciones explícitas de organismos financieros internacionales; y al tránsito de una economía cerrada a una abierta. Según López Ayllón, esto implicó adoptar y dar mayor peso a una serie de instrumentos internacionales, lo que a su vez obligó a adaptar las normas e instituciones internas al marco jurídico externo, especialmente en los sectores más expuestos al intercambio con el exterior.³²¹

³¹⁹ “De esta manera, los Estados acaban subordinados a una suerte de constitucionalismo mercantil global, no dirigido a controlar a los poderes, sino más bien a liberarlos, elevando a una serie de intereses corporativos a *Grundnorm* del ordenamiento internacional. Este fenómeno, a su vez, se traduce en una degradación del derecho oficial, que debe coexistir con un derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos. Estos, merced a su poder económico, acaban transformando lo fáctico en norma, disputándole al Estado el monopolio de la violencia y del derecho”. Pisarello, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos. Las vías del cosmopolitanismo jurídico”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, p. 247.

³²⁰ Zamora, Stephen, “Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 640 y 641.

³²¹ “Una parte importante de las modificaciones en el subsistema jurídico mexicano se explica dentro de esta dinámica, particularmente en la legislación relacionada con los distintos sectores económicos. El ejemplo más evidente de esta situación se encuentra en la legislación aplicable al comercio exterior (incluyendo la operación de las aduanas), la inversión y la propiedad intelectual. Su evolución se explica fundamentalmente en su adecuación a las nuevas

Por su parte, en su estudio sobre el impacto de la globalización en la reforma del Estado en América Latina, Fix y Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales, como el BM y el FMI, lo que en algunos casos —afirman— implicó reformas constitucionales sustanciales, así como la entrada al esquema de la OMC.³²²

Finalmente, Flood ha sostenido que la integración económica y comercial necesita nivelar el entendimiento y la operación institucionales, y que la integración y reestructuración de la economía mundial reclama una reestructuración de los marcos normativos que se han venido usando, tanto a nivel macro como micro.³²³ Además, la globalización requiere interacciones cada vez más complejas, entre personas de diferentes países, y la conformación de un orden solo es posible por la generación de confianza. Entre las elites —sostiene Flood— esto es posible a través de la membresía en un número relativamente pequeño de instituciones, como las escuelas de derecho y de negocios más importantes, y por las firmas de servicios profesionales.³²⁴

En las páginas que siguen examinaremos con más detalle la posible influencia que el BM y el FMI han ejercido sobre el sistema jurídico mexicano. Nuestro objetivo es identificar si tal influencia ha existido; si la influencia ha alcanzado el nivel constitucional, y la medida o intensidad con que esto ha ocurrido.

condiciones de operación del modelo económico y su articulación con el marco regulatorio internacional y las obligaciones de México derivadas de éste”. López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, 1997, pp. 203-208.

³²² Reportan Fix-Fierro y Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80% de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de quince años. Sin embargo, no especifican cuáles reformas constitucionales se realizaron en México en este contexto. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 792-795.

³²³ A nivel macroeconómico, por ejemplo, las instituciones que regulan temas como bancos, inversión extranjera. Y a nivel micro, organizaciones que dan entrenamiento sobre prácticas contables, entre otros temas. Flood, John, “Legal Education, Globalization and The New Imperialism”, en Cownie, Fiona, *The Law School-Global Issues, Local Questions*, Reino Unido, Ashgate Publishing Co., pp. 135-139.

³²⁴ Las escuelas de derecho de elite son instituciones clave para alimentar de candidatos a las firmas de abogados más importantes, a ONG internacionales y a las grandes corporaciones. *Ibidem*, p. 144.

1. *El Banco Mundial*

El Banco Mundial (BM) es un organismo especializado de las Naciones Unidas, creado en 1944 como parte del llamado sistema de Bretton Woods, cuyo objetivo original fue apoyar financieramente la reconstrucción de Europa al término de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, a lo largo de los años los fines del BM han ido cambiando, hasta llegar al objetivo declarado actualmente, consistente en reducir la pobreza en los países en desarrollo “suministrando recursos, entregando conocimientos, creando capacidad y forjando asociaciones en los sectores público y privado”.³²⁵

Ahora bien, a partir de los años noventa es posible encontrar en el discurso del BM, una preocupación e interés por promover en los países en desarrollo la llamada ‘buena gobernanza’. No es este el lugar para hacer un examen exhaustivo de este concepto.³²⁶ Baste decir que el surgimiento del mismo está vinculado al cambio de visión de parte del BM en relación con el papel del Estado en el proceso de desarrollo, cambio de visión que pasó de considerar al Estado como problema, a visualizarlo como parte de la solución.³²⁷ Como indica Theobald, en el marco de una revisión de su estrategia de impulso al desarrollo, y ante las limitaciones y magros resultados de la estrategia seguida hasta inicio de los noventa, el BM comenzó a interesarse en sus diagnósticos y programas por las instituciones y estructuras del Estado, los procesos de toma de decisiones, las capacidades para la implementación de políticas públicas, así como las relaciones entre el gobierno (o la administración) y la sociedad. La idea básica era que las instituciones públicas tienen una función indispensable y constructiva en la creación de un ambiente económicamente ventajoso y en el establecimiento de un adecuado sistema de distribución de bienes y beneficios.³²⁸

Es a partir de esos años cuando empieza a hablarse de “governance” en el BM, o para ser más exactos, de la necesidad de impulsar la “good governance” en los países menos desarrollados, como precondition para generar desarrollo.³²⁹ En este contexto, lo esencial era crear verdaderos sistema regi-

³²⁵ Véase la página web del BM: <http://web.worldbank.org>.

³²⁶ Para ello se puede consultar mi libro: Serna de la Garza, José Ma., *Globalización y gobernanza. Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, 2010.

³²⁷ Fernández Víctor, Güemes *et al.*, “Estado y desarrollo en los discursos del Banco Mundial”, *Problemas del Desarrollo*, núm. 144, 2006, pp. 36-43.

³²⁸ Theobald, Christian, “The World Bank: Good Governance and the New Institutional Economics”, *Law and State*, vol. 59/60, 1999, p. 24.

³²⁹ En un documento oficial del Banco Mundial, que data de los noventa, se identifican tres aspectos de gobernanza: la forma del régimen político; los procesos por los que los países

dos por el *rule of law* para así crear la estabilidad y seguridad que los actores económicos necesitan para evaluar oportunidades y riesgos en sus transacciones e inversiones. Como señala Perry, fue así como el BM identificó cinco funciones que los sistemas jurídicos debían desempeñar para apoyar el *rule of law*: 1. proveer un conjunto de reglas conocidas de antemano; 2. tener reglas que sean efectivamente implementadas, y no que solo estén “en los libros”; 3. asegurar que las reglas sean aplicadas consistentemente a todos (incluyendo a los servidores públicos); 4. proveer un mecanismo efectivo e independiente para la resolución de disputas, y proteger al Poder Judicial de intervenciones de las otras ramas de gobierno; 5. asegurar la existencia de reglas claras sobre la modificación de las reglas, para prevenir la introducción o eliminación arbitraria de reglas, como condición para dar préstamos a los países. Desde esta época también, los programas de asistencia técnica del BM comenzaron a apoyar con créditos procesos de reforma legal en un buen número de países.³³⁰

En un documento oficial de la vicepresidencia jurídica del BM se puede observar cómo la década de los noventa significó un incremento en el énfasis del Banco y sus socios de la comunidad del desarrollo, en el tema de reforma jurídica y judicial.³³¹ En ese documento se señala que el énfasis se dio por haberse hecho conciencia de que para lograr un desarrollo sustentable, el proceso respectivo debía ser comprehensivo, y que la reforma jurídica y judicial eran parte crítica de ese proceso. De hecho —se afirma en el documento— la reforma jurídica y judicial se veía como uno de los pilares más importantes del *Comprehensive Development Framework* propuesto en su momento por el presidente del BM, James D. Wolfenson. Al BM le quedaba claro entonces que el desarrollo requería regímenes regulatorios rigurosos, derechos de propiedad claros y marcos institucionales adecuados.³³²

ejercen la autoridad en el manejo de los recursos económicos y sociales para el desarrollo, y la capacidad de los gobiernos para diseñar, formular e implementar políticas y desempeñar funciones. Shihata, I. F. I., *The World Bank in a Changing World: Selected Essays*, Washington, The World Bank, 1991, p. 85.

³³⁰ Perry señala que las organizaciones económicas internacionales están dirigiendo de manera creciente su atención a las relaciones entre derecho y desarrollo económico. Observa que el Banco Mundial en su Informe Económico Mundial de 1997, señala que el establecimiento del Estado de derecho es una de las cinco ‘tareas fundamentales’ que los gobiernos deben desempeñar para lograr el desarrollo. Perry, Amanda, “International Economic Organizations and the Modern Law and Development movement”, en Seidman, Ann *et al.* (eds.), *Making Development Work*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 19- 22.

³³¹ World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Legal Vice Presidency, The World Bank, 2004.

³³² *Ibidem*, pp. 1 y 2.

Asimismo, el documento alude a los aproximadamente 600 proyectos de reforma jurídica y judicial financiados por el BM en aquellos años, así como los instrumentos financieros empleados para apoyar dichas reformas, los cuales son básicamente dos: el *Learning and Innovation Loan* (LIL) y el *Adaptable Program Lending Loan* (APL).

El primero proporciona apoyo para programas de corta duración referidos a crear capacidad, programas piloto para impulsar el desarrollo o para el desarrollo de modelos con base local, previos a intervenciones de larga escala;³³³ el segundo provee apoyo en fases, para la implementación de programas de desarrollo de largo plazo que reflejan prioridades económicas y contribuyen a la reducción de la pobreza.³³⁴

Señala el documento que desde 1986 la vicepresidencia jurídica del BM ha trabajado en dar asistencia jurídica a 85 países en más de 50 temas, que incluyen: reforma judicial, administración de tribunales, educación jurídica, lucha contra la corrupción, derecho bancario y financiero, trabajo de menores, derecho civil, derecho de los negocios, derecho de los contratos, derecho aduanero, derecho energético y minero, derecho ambiental, derecho de la inversión extranjera, derecho forestal, derechos humanos, derecho de los pueblos indígenas, propiedad intelectual, derecho internacional, derecho laboral, derecho agrario, derecho de los recursos naturales, derecho notarial, sistemas de pensiones, derecho de propiedad, privatización compras gubernamentales, derecho de la salud, regulación económica, legislación sobre vías de comunicación, impuestos, telecomunicaciones derecho comercial, regulación de servicios públicos, derecho del agua, entre otros.³³⁵

A partir del referido documento, se puede observar que el BM asume entre sus responsabilidades y tareas principales, las de crear y diseminar conocimiento global sobre reforma jurídica y judicial, promoviendo conferencias globales sobre distintos temas y a través de sus programas de asistencia técnica. Así, con años de experiencia en estos programas de reforma jurídica y judicial, en el documento también se identifican lecciones para el futuro:

- La reforma jurídica y judicial es un proceso de largo plazo.
- La reforma jurídica y judicial debe surgir desde dentro del país y responder a sus necesidades específicas.

³³³ Un ejemplo es el LIL empleado para el Proyecto de Desarrollo Tribunal Modelo Argentino (Argentina Model Court Development Project). *Ibidem*, p. 7.

³³⁴ Un ejemplo de APL es el Proyecto de Reforma Judicial de Guatemala (Guatemala Judicial Reform Project). *Idem*.

³³⁵ *Ibidem*, p. 9.

- La reforma jurídica y judicial requiere del compromiso del gobierno.
- Los proyectos de reforma jurídica y judicial deben ser conducidos por medio de una perspectiva participativa.
- La importación en bloque de sistemas jurídicos puede no ser apropiada.
- La coherencia de la reforma jurídica requiere una aproximación comprensiva que asegure que el sistema jurídico modernizado no sufra de inconsistencias internas.
- El crecimiento económico genera demanda por un marco jurídico consistente y de instrumentos jurídicos confiables.
- Los proyectos de reforma jurídica y judicial son difíciles de evaluar, particularmente en el corto plazo.
- La coordinación entre todas las instituciones de desarrollo interesadas es vital.
- El trabajo conjunto, con el sector privado, con la academia, con ONG, para compartir conocimiento y experiencia, puede impulsar los procesos de reforma jurídica y judicial.³³⁶

Por otro lado, y como señalan Seidman *et al.*, el BM ha argumentado que mejorar la legislación, los sistemas jurídicos y el Estado de derecho comprende elementos esenciales de cualquier país para alcanzar la “buena gobernanza”.³³⁷ Estos autores identifican áreas de acuerdo y de desacuerdo entre los diversos analistas que han estudiado procesos de asistencia jurídica. Así, entre las premisas que según estos autores han generado acuerdo se encuentran las siguientes:

- a. el derecho puede contribuir a lograr cambios sociales y económicos;
- b. como un propósito primario, la reforma jurídica hoy día debe tener por objetivo impulsar la expansión de la economía de mercado;
- c. quienes producen o generan el derecho deben vincularlo a las circunstancias locales, y
- d. las leyes que pueden afectar a las empresas extranjeras deben ajustarse a los estándares internacionales.

Por otro lado, entre las premisas que los referidos autores consideran como generadores de desacuerdo se encuentran:

³³⁶ *Ibidem*, p. 14.

³³⁷ Seidman, Ann *et al.*, “Building Sound National Legal Frameworks for Development and Social Change, en Seidman”, Ann *et al.*, *Making Development Work, Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, p. 1.

- a. la forma en que los gobiernos pueden usar el derecho y experiencias extranjeras en sus proyectos de reforma jurídica, y el papel de las distintas clases sociales (y formación de clases) en el proceso;
- b. el tema de si una teoría de la legislación podría ayudar a guiar el proceso, e incluso si tal teoría es posible;
- c. la metodología que tal teoría debería incorporar, y
- d. el tipo de entrenamiento, y el tipo de servidor público, que un país necesita para fortalecer su capacidad de construir un marco jurídico nacional adecuado.³³⁸

Por su parte, en una reflexión sobre la asistencia técnica a países en desarrollo, Julio Faundez explica cómo desde los ochenta se comenzó a dar una ola de reformas jurídicas en muchos países, en un principio vinculado a la ola democratizadora, y a la reestructuración de las reglas del juego político, que implicó nuevas Constituciones o cambios a los viejos textos constitucionales, y posteriormente, a una amplia redefinición de las reglas que gobiernan la política económica, lo que llevó a incorporar el “Consenso de Washington” en el marco jurídico: liberalización, desregulación y privatización. En esta segunda etapa, la reforma jurídica se enfocó primeramente a los vínculos entre las economías nacionales y los mercados mundiales, pero luego se dirigió a establecer marcos de regulación de las transacciones privadas, que redujeran la intervención del Estado en los mercados:

La dramática transformación del estado ha generado su propia inercia haciendo a los gobiernos nacionales y las organizaciones internacionales conscientes de la necesidad de extender el proceso de reforma a otras áreas de regulación jurídica. Así, hoy día la agenda de la reforma se ha expandido para incluir áreas tales como reforma judicial, descentralización, estándares laborales, igualdad de oportunidades, igualdad de género, sistemas de tenencia de la tierra, derecho penal y protección del medio ambiente.³³⁹

Esta misma idea se puede percibir en diversos trabajos producidos en el círculo del BM. Tal es el caso del ensayo de Bryant G. Garath (en su momento director de la American Bar Foundation) quien realiza un examen crítico y propositivo acerca del papel del BM en la exportación de “modelos de derecho”.³⁴⁰ El autor concluye que necesitan ser más modestos al definir sus

³³⁸ *Ibidem*, pp. 3-5.

³³⁹ Faundez, Julio, “Legal Reform in Developing and Transition Countries”, en Van Puymbroeck, Rudolf V. (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development, Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century*, Washington, The World Bank, 2000, p. 372.

³⁴⁰ Garath, Bryant G., “Rethinking the Process and Criteria for Success”, en Van Puymbroeck, Rudolf V. (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development, Toward an Agenda for a Just*

prescripciones, ya que ha habido errores en el diagnóstico y en la cura. Por otro lado, propone que las evaluaciones de los resultados de las “inversiones jurídicas” (*legal investments*) deben ser ampliados, procurando una mejor comprensión del contexto local y el impacto de las recomendaciones. Asimismo, sugiere estar conscientes de que el derecho de los Estados Unidos no puede considerarse como el único modelo posible para ser “exportado”, sino que puede haber modelos alternativos, lo cual no implica necesariamente que el modelo de los Estados Unidos deba desecharse de plano; por otro lado, sostiene que puede haber otros espacios fuera del que ha venido concentrando los esfuerzos de reforma legal apoyados por instituciones financieras internacionales (tribunales y la academia jurídica tradicional), en los que actores locales pueden invertir para contribuir a la ‘autonomía del derecho y en la importancia del *expertise* jurídico como lenguaje de gobernanza’; considera necesario invertir más en la reforma de la educación jurídica y en el papel de la academia en el monitoreo de la labor de los tribunales y, finalmente, sugiere atender preocupaciones por la legitimidad de los modelos importados.³⁴¹

Con todo lo anterior, queda claro entonces que una de las principales instituciones de la llamada ‘gobernanza global’, como lo es el BM, está activamente involucrada en la generación de modelos para la reforma jurídica en los países en desarrollo. Como clara resulta también la potencial influencia que el Banco puede llegar a tener en las instituciones nacionales, a través de su poder de prestar (o no prestar), recursos financieros a los diversos países que los necesitan. Un punto relevante para la presente investigación es si esa influencia se ejerce en relación con las Constituciones de los Estados que reciben asistencia técnica y financiera, y en qué medida, específicamente en el caso de México. Y, si ese es el caso, las implicaciones que esto tiene en el constitucionalismo actual (en lo teórico y en lo práctico). A ello nos referiremos más adelante.

Por el momento, baste decir que a partir de datos disponibles en la página del BM (www.worldbank.org), se puede apreciar que en los últimos veinte años México ha recibido recursos financieros de la referida institución cuyo monto asciende a más de 40 billones de dólares. Estos recursos se han empleado en proyectos relativos a los más diversos temas, que van desde

and Equitable Society in the 21st Century, Washington, The World Bank, 2000, pp. 11 y ss. Este trabajo es producto de una conferencia global, llevada a cabo en Washington en junio 5-7, 2000, patrocinada por el Banco Mundial, en la que también participaron el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Banco Inter-Americano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el PNUD.

³⁴¹ *Ibidem*, pp. 24-26.

el impulso a la educación media y fortalecimiento del transporte público, hasta la consolidación del llamado “seguro popular” y el impulso a la reforma del sistema de seguridad social del país.³⁴² La pregunta sería: ¿ha habido asistencia técnica y préstamos del BM que hayan tenido como objetivo la reforma de la Constitución mexicana?

2. *El Fondo Monetario Internacional*

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional (FMI) es un organismo internacional también creado en el esquema de Bretton Woods en 1945, cuyo propósito principal y declarado ha consistido en asegurar la estabilidad del sistema monetario internacional, y con ello del sistema de pagos internacionales y tipos de cambio.

Para mantener la estabilidad y prevenir crisis en el sistema monetario internacional, el FMI supervisa a las economías nacionales, regionales y mundial, y asesora a los 186 países miembros, alentándolos a adoptar políticas que promuevan la estabilidad económica, reduzcan la vulnerabilidad a crisis económicas y financieras y mejoren los niveles de vida.³⁴³

Por otra parte, el FMI ofrece a los países miembros dos tipos de asistencia: financiera y técnica. En cuanto a la primera, el FMI otorga financiamiento con el fin de dar a los países miembros, margen de maniobra para corregir sus problemas de balanza de pagos. Para ello, el FMI y las autoridades nacionales colaboran a efecto de formular programas de políticas respaldados con financiamiento del FMI, en el entendido de que la continuidad del financiamiento está sujeta a la implementación eficaz de ese programa.³⁴⁴

En cuanto a la asistencia técnica, el FMI colabora con los países miembros a través de ayuda para fortalecer las capacidades de concepción y ejecución de políticas eficaces. La asistencia técnica abarca ámbitos tales como política y administración tributaria, administración del gasto, políticas mo-

³⁴² Según Laurell, el giro dado en México a la política social en el tema de salud pública está vinculado a la condición establecida por el Banco Mundial para que el gobierno mexicano pudiera tener acceso a un préstamo por 700 millones de dólares, en 1998. Laurell cita como un documento referencial el trabajo titulado *México: Health System Reform* (World Bank, 1998). Laurell, Asa Cristina, “El Banco Mundial en la reforma de los servicios médicos del IMSS”, *Salud Problema*, nueva época, año. 3, núm. 4, junio de 1998, pp. 58 y 59. Véase también su trabajo titulado “Structural Adjustment and Globalization of Social Policy in Latin America”, *International Sociology*, vol. 15, núm. 2, 2000, pp. 306 y ss.

³⁴³ Véase el sitio web del FMI: <http://www.imf.org>.

³⁴⁴ *Idem*.

netarias y cambiarias, supervisión y regulación de sistemas bancarios y financieros, marcos legislativos y estadísticas.³⁴⁵

De esta manera, cuando un Estado desea apoyo para resolver un problema de balanza de pagos, debe expresar su petición al FMI, seguido lo cual el Fondo envía una misión. La misión, en cooperación con las autoridades monetarias del Estado, definen una serie de medidas de ajuste que son incluidas en una carta de intención. A su vez, esta carta de intención es una declaración de objetivos y de políticas públicas del Estado solicitante del apoyo, a través de la cual pide al FMI aprobar un ‘*stand-by arrangement*’ en favor del propio Estado.³⁴⁶

El ‘*stand-by arrangement*’ tiene como consecuencia el otorgamiento del permiso para que proceda la adquisición de divisas; no obstante, la carta de intención no conlleva ninguna obligación, ni es un contrato, ni es un acto unilateral de voluntad que dé origen a obligaciones jurídicas. La carta solamente contiene objetivos de política pública, que en principio se puede cambiar sin consultar al Fondo, y su contenido es responsabilidad de las autoridades nacionales. No obstante, el incumplimiento con los objetivos señalados en la carta conlleva la imposibilidad de ser receptor del apoyo financiero del Fondo para resolver el problema de balanza de pagos.³⁴⁷

El contenido de la carta de intención es formulado en consulta cercana con la misión del FMI. En ese sentido —afirma Denters— puede decirse que la carta de intención constituye un acuerdo en el sentido material, en la medida en que el texto es resultado de negociaciones.³⁴⁸

Los ‘*stand-by arrangements*’ contienen una serie de criterios que los Estados solicitantes de apoyo del FMI deben cumplir para poder adquirir divisas. Si no se cumple con esos criterios, no se tiene acceso a las divisas. Asimismo, los criterios pueden ser de dos tipos. Los primeros, son criterios derivados de los estatutos del FMI o de regulaciones de su consejo ejecutivo, tales como: a) prohibición de imponer o intensificar restricciones a los pagos por transacciones vigentes; b) prohibición de introducir o modificar prácticas de tipo de cambio múltiples; c) prohibición de acuerdos de pago bilaterales que contravengan el artículo VIII; d) prohibición de la imposición o intensificación de restricciones a las importaciones por problemas de balanza de pagos.³⁴⁹

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ Denters, Erik, *Law and Policy of IMF Conditionality*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 99.

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 101.

³⁴⁹ *Idem*

Una segunda categoría de criterios son los “entendimientos de políticas”, que también se incluyen en la carta de intención. Como explica Denters, a pesar de que el país solicitante es responsable de la sustancia de los entendimientos de política, la misión del FMI juega un papel importante en su formulación:

En un sentido formal, la carta de intención es un documento remitido por una parte; en un sentido material, la carta es el resultado de un acuerdo entre la misión del FMI y el estado miembro. Los entendimientos de políticas que, a juicio de la misión del Fondo, no tratan de manera adecuada con los problemas de balanza de pagos, ocasionará que el procedimiento se detenga, ya que solamente el Director, aconsejado por la misión, puede proponer la aprobación del procedimiento de *stand-by*.³⁵⁰

Por último, estos entendimientos de política, que forman el núcleo de los programas de ajuste del FMI, varían según el país y según la magnitud de los problemas de balanza de pagos. Sin embargo, generalmente incluyen medidas relativas a reformas fiscales y presupuestarias, incentivos a las inversiones, ajustes de precios, de intereses y salarios, así como reformas institucionales.^{351 352}

Ahora bien, México ha firmado varias cartas de intención con el FMI. Entre 1975 y 1989 suscribió cinco.³⁵³ Sergio Berumen resume en los siguientes dos cuadros dos cartas de intención dirigidas por México al FMI. En ellas se puede apreciar el alcance de los compromisos asumidos por el gobierno mexicano, en cuanto a una amplia gama de áreas de política pública:³⁵⁴

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 106.

³⁵¹ *Idem*.

³⁵² Para una discusión sobre de la problemática vinculada a los programas de ajuste estructural del Fondo Monetario Internacional, en el marco de la condicionalidad, véase Boughton, James M., “Who’s in charge? Ownership and conditionality in IMF-supported programs”, en Ranis, Gustav *et al.*, *Globalization and the Nation State, The impact of the IMF and the World Bank*, Routledge, Londres & Nueva York, 2006, pp. 25-33.

³⁵³ En 1976, 1982, 1985, 1986 y 1989. Díaz, Luis Miguel, “La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención”, en IJ, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Aspectos de la deuda externa*, año V, núm. 13, enero-abril de 1990, p. 61.

³⁵⁴ Berumen, Sergio, “Los sexenios económicos en México y su inmersión en la globalización”, *Proyecciones*, año 1, núm. 7, ago-sept 2000 (publicación electrónica de la División de Administración y Ciencias Sociales de la Rectoría Sur, ITESM), en http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/proy/n7/investigacion/in_sberumen.html

CONVENIO DE MÉXICO CON EL FMI: 1982	
<i>Políticas de estabilización</i>	<i>Objetivos globales</i>
PIB	Se estima que no será mayor al 1%
Balanza de pagos	Reducir el déficit de la cuenta corriente de la balanza de pagos que será de 5,8 mdd.
Inflación	Disminuirá al 80%
Política fiscal	Sancamiento de las finanzas públicas.
Deuda	En 1983 no excederá a los 5,000 mdd y bajará la relación deuda/PIB.
Gasto público	Disminuir el gasto. La relación déficit/PIB bajará a 8,5%, 5,5% y a 3,5% en 1983, 1984 y 1985 respectivamente.
Impuestos	Buscará abatir la evasión y ampliar la cobertura.
Ingresos	Revisar los impuestos que han quedado rezagados ante la creciente inflación.
Política monetaria-financiera	Buscará mantener la actividad productiva, para ello se tomarán las medidas necesarias.
Tasa de interés	Se ajustará a los objetivos de la política monetaria financiera.
Mercado de valores	Se estimulará para fomentar fuentes alternativas de intermediación financiera.
Política cambiaria	Será flexible para mantener la competitividad, reducir importaciones y la fuga de capitales. Se mantendrá el tipo de cambio dual durante la ejecución del programa.
Política salarial	Estará en función de los objetivos de empleo y de la productividad. Se buscará la protección de los niveles de vida de la clase obrera y su participación en el crecimiento del ingreso.
Política comercial	Se racionalizará el sistema de protección, incluyendo la estructura arancelaria, los incentivos a la exportación y el requisito de permiso previo para importar.

CARTA DE INTENCIÓN DE 1986	
<i>Políticas de estabilización</i>	<i>Objetivos</i>
PIB	Fortalecer las perspectivas de crecimiento a largo plazo.
Inflación	Moderar la inflación.
Política fiscal	Fortalecimiento de las finanzas públicas para moderar la inflación y aumentar la canalización de recursos al sector privado.
Déficit fiscal	El esfuerzo fiscal medido por el saldo primario será de 3% del PIB.
Deuda	Su reestructuración permite el intercambio por parte de los acreedores de deuda del sector público por acciones de compañías del sector privado así como 12,000 mdd para cubrir las necesidades de financiamiento para 1986-1987.
Gasto público	Promoverá una mayor eficiencia en la asignación de recursos. Se usará el concepto del déficit operacional.
Ingresos	Se espera que en los próximos 18 meses se incrementen los ingresos del Estado en 1,2% del PIB respecto de 1982.
Política monetaria	Será acorde con la reducción de la inflación, con la meta de la balanza de pagos y apoyará la capacidad productiva.
Tasa de interés	Se mantendrá una política flexible de tasa de interés.
Política cambiaria	Será flexible para proteger la posición competitiva externa de México, fortalecer la posición de las reservas internacionales y facilitar la liberación de la política comercial. Se mantendrá el objetivo de alcanzar la unificación de dicho mercado en el futuro.
Política salarial	Buscará proteger el poder adquisitivo de los grupos de bajos ingresos.
Políticas de ajuste estructural	El gobierno iniciará una reforma estructural del sistema tributario, cuyo aspecto más importante será la corrección de la base gravable del impuesto global de las empresas. Se mantendrá una política selectiva para promover la inversión extranjera directa.
Política comercial	Se mantendrá el proceso de liberación reduciendo los sesgos en contra del crecimiento de las exportaciones, promoviendo una mejor asignación de recursos. Se logrará en octubre de 1988 una estructura arancelaria con tasas en el rango de 0 a 30% con no más de cinco niveles arancelarios. Continuará en los próximos 30 meses la sustitución de los permisos de importación por aranceles. Se diversificarán las exportaciones petroleras.
Privatización	Continuará la desincorporación vía venta, fusión o liquidación de empresas no prioritarias y no estratégicas.

Dejaremos para más adelante la reflexión sobre la influencia que estos compromisos, incorporados en las cartas de intención, pueden haber teni-

do sobre el sistema jurídico mexicano y en particular sobre la Constitución mexicana. Por ahora nos interesa destacar que en el marco de la llamada gobernanza global, ciertas agencias internacionales de carácter intergubernamental tienen un impacto relevante en los sistemas jurídicos de los Estados nacionales. Como hemos visto, instituciones como el BM y el FMI emiten recomendaciones, difunden ciertos modelos de políticas públicas o ‘modelos de derecho’ (bajo la idea de “buen gobierno”, “buenas prácticas gubernamentales”), mismos que son recibidos por los Estados después de procesos de negociación en los que las agencias tienen un gran poder, debido a los apuros financieros de los Estados y al instrumento de la ‘condicionalidad’ con que aquellas cuentan.

Se trata de un proceso poco formalizado, que se da a través de discretas reuniones de los oficiales de las agencias y los oficiales de alto rango de los ministerios de finanzas o hacienda de los países que requieren los fondos financieros. A su vez, los compromisos requieren de complejos procesos de implementación, los cuales dependen de las características del proceso político de cada país, así como del diseño institucional que le sirve de cauce y marco.

Lo anterior nos obliga a recordar la teoría de los “modelos mundiales” desarrollada por John Meyer *et al.*, cuya hipótesis central es la siguiente: muchas características del Estado-nación contemporáneo derivan de modelos mundiales construidos y propagados a través de procesos culturales y de asociación de carácter global.³⁵⁵ Estos modelos y los propósitos que reflejan (por ejemplo, igualdad, progreso socioeconómico, desarrollo humano) están altamente racionalizados, articulados, y con frecuencia están sorprendentemente consensuados;³⁵⁶ son de alcance mundial y definen y legitiman agendas para la acción local, dando forma a estructuras y políticas de los Estados-nación y de otros actores nacionales y locales en prácticamente todos los dominios de la vida social racionalizada —negocios, política, educación, medicina, ciencia, e incluso familia y religión—.³⁵⁷ Asimismo, Meyer y sus

³⁵⁵ Meyer, John *et al.*, “World Society and the Nation-State”, *American Journal of Sociology*, vol. 103, núm. 1, julio 1997, pp. 144 y 145.

³⁵⁶ También hay *modelos de problemas sociales*, definidos como el fracaso para realizar dichos propósitos. *Ibidem*, p. 151.

³⁵⁷ Los modelos se basan en pretensiones de aplicabilidad universal en el mundo (*i. e.*, modelos de desarrollo económico, de política fiscal, de atención médica, etcétera). La autoridad de esos modelos generales, sin ser obligatoria, es difícil de resistir por modelos alternativos, particularistas o locales, en razón de su alto nivel de desarrollo y articulación, así como por sus elaboradas justificaciones racionalizadas. Se les ve como las correctas y modernas formas de organización y acción. *Ibidem*, pp. 148 y 149.

colegas proponen que la institucionalización de los modelos mundiales ayuda a explicar muchas características extrañas de las sociedades nacionales contemporáneas, tales como el isomorfismo estructural en un contexto de enormes diferencias en recursos y tradiciones,³⁵⁸ los esfuerzos ritualizados y vagamente relacionados esfuerzos organizacionales, y la elaborada estructuración al servicio de propósitos que en gran medida tienen orígenes exógenos. Los modelos mundiales —sostienen— han estado en operación por largo tiempo y han dado forma a Estados y sociedades, pero han adquirido especial importancia en la era de la posguerra, debido a que el desarrollo cultural y organizacional de la sociedad mundial se ha intensificado a un ritmo sin precedentes.³⁵⁹

Sin embargo, para Meyer los Estados están caracterizados por un considerable, y a veces extraordinario, desfase entre propósitos y estructura, intenciones y resultados. Además, el desfase es endémico, porque los Estados-nación son moldeados con base en una cultura externa que no puede simplemente importarse por entero como un sistema en pleno funcionamiento. Es decir, para este autor, la lógica de copiar identidades externamente definidas promueve un desfase profundo. Muchas veces los Estados-nacionales (en particular los periféricos) realizan un buen número de reformas simbólicas, pero sin ningún impacto en la práctica real de las políticas públicas que se supone debían cambiar. Para Meyer, la dependencia del Estado-nación respecto de modelos exógenos, combinado con el hecho de que esos modelos están organizados como principios culturales y visiones que no están fuertemente anclados en las circunstancias locales, genera la estructuración expansiva al nivel del Estado-nación y al nivel organizacional. Así, la estructuración del Estado-nación excede grandemente cualquier requerimiento funcional de la sociedad, especialmente en los países periféricos. Se crean así gran cantidad de estructuras que funcionalmente hablando son bastante irracionales.³⁶⁰

³⁵⁸ La diversidad de recursos económicos, características sociales, configuración de fuerzas sociales, relaciones de poder, y orígenes culturales que existen en los diversos países, harían anticipar una gran diversidad en cuanto a las unidades políticas existentes en el mundo. Sin embargo, de hecho hay gran similitud entre ellas. Los Estados-nación parecen adoptar estándares y así aparecer como similares a cientos de otros Estados. Esta circunstancia solo se explica si hay fuerzas mundiales comunes en operación, que producen isomorfismo; por ejemplo, en formas constitucionales relativas al poder estatal y derechos individuales. *Ibidem*, p. 152.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 145.

³⁶⁰ “World culture contains a good many variants of the dominant models, which leads to the eclectic adoption of conflicting principles. Diffusion processes work at several levels

En cuanto a los procesos a través de los cuales la sociedad mundial impacta a los Estados-nación, produciendo isomorfismo, Meyer argumenta que hay toda una estructura social que organiza, conduce y difunde los modelos culturales mundiales. Así, señala este autor que en la cultura mundial casi todo aspecto de la vida social es discutido, racionalizado y organizado, incluyendo reglas sobre producción económica, y consumo, estructura política, educación, ciencia, técnica, medicina, etcétera. Y en cada área hay una gama más o menos estrecha de formas defendibles legítimamente. De esta forma es como se generan concepciones globales, como principios generales aplicables donde sea.³⁶¹

La referencia a esta teoría es útil para el desarrollo de una perspectiva crítica, pues ayuda a interpretar algunos aspectos de la problemática latinoamericana derivada de la adopción “modelos mundiales”, bajo los cuales los países de la región implementan determinadas medidas y políticas públicas. El riesgo de desfase señalado por Meyer significa que en algunas

and through a variety of linkages, yielding incoherence. Some external elements are easier to copy than others, and many external elements are inconsistent with local practices, requirements, and cost structures. Even more problematic, world cultural models are highly idealized and internally inconsistent, making them in principle impossible to actualize”. *Ibidem*, p. 154.

³⁶¹ Para explicar cómo es que dicha estructura social genera y ‘difunde’ los modelos, Meyer observa que existe, para empezar, un marco organizacional cuya existencia ha intensificado el desarrollo y el impacto de la estructuración global sociocultural, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, conformado por instituciones como la ONU, el NATO, el FMI, el BM, la OMC, entre muchas otras. Este marco de organización y legitimación global ha facilitado la creación y conjunción de componentes expansivos de una sociedad mundial activa e influyente. En estos foros, una amplia gama de dominios sociales ha sido elegida para la discusión ideológica y la organización global, y en ellos se genera, en procesos dinámicos e interactivos en los que participan lo propios Estados y otros agentes no estatales (empresas, ONG, intelectuales, expertos, científicos), modelos que después se difunden a lo largo y ancho del orbe. Por otro lado, observa Meyer la existencia de cientos de entidades intergubernamentales que cubren una amplia gama de actividad racionalizada (ciencia, medicina, derechos humanos, educación, etcétera), y miles de ONG que tienen incluso intereses y preocupaciones más amplias, organizando casi todo aspecto imaginable de la vida social a nivel mundial. Todos promueven modelos de racionalización de áreas de actividad humana, desde derechos humanos hasta desarrollo económico y protección de medio ambiente, y apoyan sus modelos con datos, organización, propuestas de políticas públicas, y programas de entrenamiento. Asimismo, los científicos y profesionales se han convertido en participantes prestigiados y centrales de la sociedad mundial. Su autoridad deriva no de su fuerza como actores, sino de su autoridad para asimilar y desarrollar conocimiento racionalizado y universal que hace la acción y la calidad de actor posibles. Esta autoridad está excepcionalmente bien organizada en organizaciones internacionales, generalmente no gubernamentales. Esas organizaciones generalmente se dedican a campos de conocimiento específicos y su diseminación, pero su último propósito incluye el amplio desarrollo de las sociedades. *Ibidem*, pp. 162-164.

ocasiones estas medidas y políticas pueden no producir los efectos positivos deseados, o pueden generar consecuencias no previstas, al ser aplicadas en contextos que no se corresponden con los presupuestos bajo los que fueron originalmente concebidas (y esto nos remite a las observaciones críticas a los modelos de “nueva gestión pública” y de “gobernanza” en sentido prescriptivo, que hemos desarrollado en otro trabajo).³⁶²

Por ejemplo, la privatización de empresas públicas puede identificarse como parte de esos modelos de solución de problemas, generados y difundidos en una estructura social mundial en la que ciertos agentes juegan un papel fundamental, caracterizado por su capacidad para impulsarlos. Entre esos agentes se encuentran instituciones como el BM y el FMI, o bien, la OCDE que, como se ha referido, promueven (prescriben) ciertas ideas acerca de lo que ha de considerarse como las ‘mejores prácticas’ o el ‘buen gobierno’ en la resolución de una diversidad de problemas que enfrentan los países.³⁶³ Los Estados, por su parte, adoptan, modifican o resisten dichos modelos dependiendo de una serie de características de los propios Estados, de sus sociedades y sus procesos políticos y económicos, o bien de su localización geopolítica y regional.³⁶⁴ Algunos países han adoptado, por ejemplo Chile en la época de Pinochet, el ‘paquete completo’ del modelo promovido por el llamado Consenso de Washington. En cambio, otros países, entre los que se encuentran algunos del este asiático, han podido adoptar medidas distintas a las del referido modelo cuando lo han considerado pertinente para el interés nacional, con resultados al parecer positivos.³⁶⁵

³⁶² Serna de la Garza, José Ma., *Globalización y gobernanza. Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, 2010.

³⁶³ Omar Guerrero explica que muchos programas de privatización en los países subdesarrollados tuvieron su origen en el *Informe Berg*, documento preparado para el Banco Mundial por Elliot Berg en 1980. Además, refiere Guerrero que dicho informe se elaboró con base en el análisis de varios países africanos subsaharianos, aunque sus conclusiones después se generalizaron como propuestas aplicables a otros países. Guerrero, Omar, *Del Estado gerencial al Estado cívico*, México, UAEM-Miguel Ángel Porrúa, 1999, pp. 20 y 21.

³⁶⁴ Held, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 165 y 166.

³⁶⁵ En su explicación de la reacción de algunos países ante las recomendaciones del llamado ‘Consenso de Washington’, Stiglitz explica: “Las políticas del Consenso de Washington enfatizaron la privatización, pero los Gobiernos nacionales y locales ayudaron a crear empresas eficientes que desempeñaron un papel crucial en el éxito de varios países. Según el Consenso de Washington, las políticas industriales, mediante las cuales los Estados procuran bosquejar la futura dirección de la economía, son un error. Pero los Gobiernos del Este asiático las tomaron como una de sus principales responsabilidades. En particular, pensar que si iban a cerrar la brecha de ingresos que los separaba de los países más desarrollados tendrían que cerrar la brecha del conocimiento y la tecnología, y para ello diseñaron políticas de

III. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y SU REFORMA EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA

Sobre la base de lo discutido en las páginas anteriores, el tema que nos interesa discutir en este apartado es el que se desprende de la siguiente pregunta: ¿existe alguna reforma a la Constitución mexicana de 1917, que pueda asociarse a la influencia de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera referidas en el apartado anterior? Porque el involucramiento del BM en la asistencia técnica y financiera no está sujeto a ninguna duda. Por ejemplo, podemos mencionar el préstamo a México de 30 millones de dólares por parte del BM, el 21 de noviembre de 2005, por el que se asiste a nuestro país en la implementación de un programa de modernización judicial, apoyando esfuerzos de las diversas entidades federativas mexicanas participantes en: a) fortalecer las instituciones del sector de justicia y promover el cambio cultural y la compartición de conocimiento entre tales instituciones y con la sociedad civil; b) desarrollar servicios judiciales eficientes y efectivos; c) incrementar la transparencia judicial; d) mejorar el acceso a la justicia de los pobres y los grupos en desventaja de los estados participantes, y e) diseminar buenas prácticas y estrategias de “aprender-haciendo” dentro y entre los estados participantes, y promover el monitoreo eficiente y procedimientos de evaluación del proyecto.³⁶⁶

En un desglose que el propio BM hace del proyecto de asistencia a México en el tema de modernización de la justicia, se identifican y valoran porcentualmente los siguientes componentes: reforma legislativa (17%); acceso a la justicia (17%); gestión del sector público (33%); mecanismos judiciales y de otro tipo de solución de diferencias (33%).³⁶⁷ Asimismo, el proyecto in-

educación e inversión. Las políticas del Consenso de Washington no atendieron a la desigualdad, pero los Gobiernos del Este asiático trabajaron activamente para reducir la pobreza y limitar el crecimiento de la desigualdad, porque creían que esas políticas eran importantes para preservar la cohesión social y que dicha cohesión social era necesaria para generar un clima favorable a la inversión y el crecimiento. En términos más generales, las políticas del Consenso de Washington apuntaban a un papel minimalista del Estado, mientras que en el Este asiático los Estados ayudaron a perfilar y dirigir los mercados”. Stiglitz, Joseph E., *El malestar con la globalización*, México, Taurus, 2006, p. 125. Por su parte, Evans sugiere la idea de que los éxitos del este asiático demuestran la posibilidad de una conexión positiva entre la alta estatalidad y el éxito en una economía globalizada. Evans, Peter, “¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, pp. 12 y 13.

³⁶⁶ El texto del convenio relativo al préstamo puede encontrarse en <http://www.worldbank.org>.

³⁶⁷ Véase <http://web.worldbank.org/external/projects/>

cluyó la realización de estudios y evaluaciones institucionales de los poderes judiciales de los estados participantes; el desarrollo e implementación de sistemas y programas de acción para mejorar las capacidades institucionales de los poderes judiciales en áreas críticas; la promoción de un cambio cultural dentro de la judicatura; el mejoramiento de la eficiencia y eficacia de la justicia y el acceso a la misma, así como la generación de la infraestructura necesaria para lograr todo lo anterior.

Ahora bien, y en relación con la pregunta de si existe alguna reforma a la Constitución mexicana de 1917 que pueda asociarse a la influencia de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera, como hipótesis de trabajo, y solo como eso, las ‘candidatas’ podrían ser las reformas constitucionales de 1983,³⁶⁸ que recayeron sobre el llamado ‘capítulo económico’ de la Constitución mexicana, y que se dieron en una coyuntura económica y política caracterizada por:

- a. Una de las crisis económica más severas de todo el siglo XX sufrida por México, acompañada de un debate político enconado sobre la responsabilidad del Estado en la generación de la crisis (quebranto de las finanzas públicas, enorme deuda externa, inflación elevada, y pérdida del crecimiento).
- b. Confrontación del gobierno con el sector privado por la nacionalización bancaria en septiembre de 1982.
- c. Situación internacional particularmente desfavorable (baja en precios del petróleo).
- d. Cambio de gobierno.

Sin embargo, el examen detallado del proceso de reforma apunta a una necesidad esencialmente interna, consistente en rescatar el pacto social, recuperar legitimidad y al mismo tiempo de cimentar un consenso renovado alrededor de la política tendiente a controlar y superar la crisis.³⁶⁹

En efecto, como se recordará, y para explicarlo de manera sintética, a partir de la reforma la Constitución dispone en el párrafo cuarto de los artículos 25 y 28, que ciertas actividades corresponden de manera exclusiva al Estado, correspondiendo a este (también de manera exclusiva) el ejercicio de la *propiedad* y el control sobre los organismos públicos que se establezcan para realizar aquellas. Entre esas actividades se encontraban originalmente los correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear;

³⁶⁸ Publicadas en el *DOF* el 3 de febrero de 1983.

³⁶⁹ Véase Serna, José Ma., “El régimen constitucional de la propiedad en México”, en Serna J. M. (coord.), *Derecho comparado Asia-México*, México, UNAM, 2007, pp. 484 y ss.

electricidad, los ferrocarriles y la comunicación vía satélite, así como otras actividades “que expresamente señalaran las leyes que expida el Congreso de la Unión”.

Ahora bien, el discurso constitucional que llevó a la reforma arranca con el reconocimiento de que el Estado había hecho contribuciones trascendentales al desarrollo de México y propiciado la integración de la nación, al dar sustento e impulso a una política de desarrollo económico nacional, que rompiera con el orden colonial. Con base en lo anterior, la reforma de 1983 definió la rectoría estatal del desarrollo (artículo 25), cuyo instrumento sería la planeación (artículo 26).³⁷⁰

Cabe aclarar que ya existía rectoría estatal y planeación del desarrollo antes de la reforma, pero en 1983 se constitucionaliza y se racionaliza todo un esquema de planeación y conducción económica por parte del Estado, que orienta, induce y conduce el desarrollo.

Las reformas constitucionales del 3 de febrero de 1983 fueron polémicas en varios sentidos. Al establecer el principio de la rectoría del Estado en materia del desarrollo nacional, se le atacó de estatista. Pero al establecer de manera limitativa las áreas estratégicas en las que el Estado tendría exclusividad, se le tachó de abdicar a favor del sector privado, en el entendido de que en todas las áreas que no calificaran de estratégicas se permitiría la participación activa del sector privado.

En el dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados se pueden ver dos ideas que justificaron la reforma: la necesidad de superar el “trauma” nacionalizador y sentar un nuevo consenso de legitimación con los sectores productivos internos. El propósito de llegar al consenso puede verse en el tercer párrafo del artículo 25 constitucional reformado: “Al desarrollo nacional concurrirán con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación”.

Con esto, los sectores fácticos que habían funcionado bajo la protección y consentimiento estatal, especialmente el privado, adquieren reconocimiento concurriendo en igualdad de condiciones con el Estado y los sectores sociales. Es decir, la reforma de 1983 al artículo 25 constitucional también consagró al sector privado como actor del desarrollo. Y además,

³⁷⁰ Un estudio de este proceso puede encontrarse en Ruiz Massieu, José Francisco, “La rectoría del Estado y las nuevas bases constitucionales del derecho administrativo mexicano”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa-UNAM, 1985, pp. 282 y ss.

significó un compromiso estatal de estímulo y protección al sector privado al establecer en el último párrafo de dicho artículo que:

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

Se puede percibir así la intención de dar una definición clara del régimen de economía mixta, para con ello generar seguridad y certidumbre jurídicas, y expresar la voluntad del Estado de apearse al principio de legalidad, reduciendo la discrecionalidad y el potencial arbitrariedad.

En este sentido, se estableció también que en lo futuro se requeriría una ley del Congreso (es decir, no bastaría ya un decreto o acuerdo presidencial, como sucedió con la expropiación de la banca) para incorporar al sector público una actividad determinada, como “área estratégica” de competencia exclusiva del Estado. La disposición relativa a este aspecto se encuentra en el párrafo cuarto del artículo 28, según el cual “No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: ...y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión”. Finalmente, la reforma también definió reglas para que el Estado participara o se asociara con los sectores social y privado en la ejecución de las áreas prioritarias.

Ahora bien, cabe reiterar que con la reforma de 1983, la Constitución identificó como áreas estratégicas, entre otras ya mencionadas arriba, a las comunicaciones vía satélite y los ferrocarriles. Ello no obstante, la reforma de 1995 al artículo 28 constitucional³⁷¹ convirtió a estas dos actividades en áreas prioritarias, es decir, áreas en las que puede participar el sector privado. Cabe destacar que el lenguaje de la iniciativa presidencial que llevó a la referida reforma, de alguna manera recuerda el lenguaje de las recomendaciones del FMI.

En efecto, la iniciativa presidencial de reforma constitucional del 26 de enero de 1995, elaborada y enviada al Congreso en medio de la crisis económico-financiera de finales de 1994, señala que México debía “profundizar los cambios estructurales en su economía”; en un momento en que “se enfrenta una crítica situación financiera, fenómeno que es resultado, principalmente, de un desequilibrio en la cuenta corriente de la balanza de pagos y de una inestabilidad inusualmente aguda en los mercados financieros” (es decir, situación típica en que se acude al FMI). Por ello, y “[a] fin

³⁷¹ Publicada en el *DOF* el 2 de marzo de 1995.

de continuar con la transformación estructural de la economía...” propone la reforma al artículo 28 de la Constitución, para que los ferrocarriles y las comunicaciones vía satélite dejen de ser “actividades estratégicas”, y pasen a ser “actividades prioritarias”, en las que puedan participar los sectores social y privado.³⁷²

Sin embargo, y a pesar de este lenguaje compartido, no consideramos que es posible identificar evidencia empírica suficiente como para asegurar que existe una vinculación clara entre las recomendaciones del BM y del FMI y la reforma constitucional de 1995, y menos aún respecto de la de 1983, que, como se vio, obedeció claramente a la necesidad de recomponer el pacto político y social doméstico, entre las elites políticas y económicas.³⁷³

En el tema que sí existe evidencia es el relativo a la reforma constitucional en materia de justicia penal, publicada en el *DOF* el 18 de junio de 2008. Como se recordará, dichas reformas introdujeron un modelo de justicia penal distinto al existente hasta ese momento en México, que de manera simplificada y coloquial se ha identificado con la introducción de los *juicios orales* en nuestro país. En realidad, la reforma va más allá de la mera oralidad, pero no es el caso en este momento hacer una reseña detallada de ella. Lo que nos interesa destacar, en cambio, es la asociación que al parecer existe entre programas de asistencia técnica y financiera de ciertas instituciones internacionales y la reforma institucional en la referida materia en México.

En efecto, autores como Ovalle Favela han señalado que las reformas constitucionales en materia de justicia penal de 2008 se ubican dentro de las orientaciones de las reformas del proceso penal que se han llevado a cabo en diversos países de América Latina (Chile, Colombia, Costa Rica y Guatemala) bajo los auspicios del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Agencia del Gobierno Norteamericano para el Desarrollo Internacional (USAID).³⁷⁴ Señala también este autor que en nuestro país, la USAID financia el llamado Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México

³⁷² Iniciativa presidencial para la reforma al artículo 28 constitucional, del 26 de enero de 1995, enviada al Senado de la República, pp. 1-4.

³⁷³ Otras hipótesis de trabajo, para explorar la posible asociación entre las directrices de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera y la reforma constitucional, podrían ser la reforma que permitió la privatización de los bancos (publicada en el *DOF* el 27 de junio de 1990), y la que llevó al nuevo régimen de autonomía del Banco de México (publicada en el *DOF* el 20 de agosto de 1993). Pero, reiteramos, se trata solamente de hipótesis que habría que verificar o desechar mediante evidencia empírica.

³⁷⁴ Ovalle Favela, José, *El procedimiento penal oral en Chihuahua*, México, UNAM-Gobierno de Chihuahua, 2010, pp. 31 y 32.

(Proderecho), entidad que reconoce expresamente que apoyó la reforma constitucional en materia penal.³⁷⁵

Por su parte, DeShazo y Vargas reseñan cómo en los noventa se dio una ola de reformas para consolidar la democracia formal en América Latina, periodo en el que cerca de mil millones de dólares fue canalizado como apoyo por parte del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el PNUD, y la USAID, en apoyo a esfuerzos para la reforma de la administración de justicia en la región.³⁷⁶

Por otro lado, como reporta Cecilia Azar, el 28 de septiembre de 2001 USAID/México acordó apoyar un proyecto destinado a incrementar la efectividad de la mediación en México y a generar los recursos necesarios para ello. En el proyecto, que en principio duraría dos años, se planeó llevar a cabo distintas acciones con el apoyo de diversas instituciones nacionales y extranjeras interesadas en fortalecer este mecanismo en México. La coordinación general estuvo en manos de la American Bar Association (ABA). El objetivo principal del proyecto consistió en “crear un ambiente propicio para el funcionamiento de la mediación en México, fortaleciendo las iniciativas que existen actualmente, y para sentar bases sólidas que aseguren su desarrollo y permitan aprovechar sus beneficios”.³⁷⁷

Asimismo, el proyecto estuvo coordinado por la directora del Consejo sobre Iniciativas Legales para América Latina de la ABA, Macarena Tama-yo-Calabrese. Mientras que dos consultoras expertas en mediación en los Estados Unidos y otros países, Dawn Martin y Melinda Ostermeyer, dieron asesoría y apoyaron al personal del proyecto en México. Igualmente, una ONG denominada Freedom House (cuyo objeto es apoyar y fortalecer los procesos democráticos que viven distintos países), proporcionó fondos para apoyar en la realización de reuniones de trabajo y de otros eventos, en el marco del proyecto. Además, se creó un grupo de apoyo integrado por tres abogados mexicanos con experiencia en mediación y mecanismos alternativos, así como un comité asesor integrado con representantes de las enti-

³⁷⁵ “En el sitio de Internet de este programa (www.proderecho.com) se expresa que tal programa está financiado por la ‘Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos’ (USAID) y que es operado por la empresa *Management Sciences for Development, Inc.* En este sitio se proporciona información detallada de las reformas al proceso penal efectuadas en los estados de Chihuahua, México, Nuevo León, Oaxaca, entre otros”. *Ibidem*, p. 32.

³⁷⁶ DeShazo, Peter y Vargas Juan Enrique, *Judicial Reform in Latin America*, Policy Papers on the Americas, CSIS Americas Program, vol. XVII, Study 2, septiembre 2006, pp. 1 y 2.

³⁷⁷ Azar, Cecilia, “Proyecto ABA/USAID para la Mediación en México”, *Reforma Judicial*, 2001, pp. 347-350.

dades federativas y otras entidades gubernamentales y no gubernamentales involucradas en el proyecto.³⁷⁸

Con la reforma constitucional de junio de 2008 se introdujo un párrafo tercero en el artículo 17 de nuestra carta magna, según el cual “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”. Sin embargo, no encuentro elementos para asegurar que existe una asociación entre la reforma y el proyecto de asistencia técnica referido arriba.

En suma, es posible observar una fuerte influencia de las instituciones de la gobernanza global económico-financiera en los sistemas jurídicos nacionales, principalmente a nivel legal, tal y como lo han explicado López Ayllón y Fix-Fierro.³⁷⁹ Sin embargo, en el nivel constitucional la influencia no es tan contundente ni clara, a pesar de lo cual sí es posible encontrar por lo menos un caso en el que la asociación parece ser fuerte (como sugiere el ejemplo de la reforma en materia de justicia penal de 2008). ¿Qué implicaciones tiene esta circunstancia para el constitucionalismo mexicano? Dejaremos nuestra reflexión sobre este tema para la sección de conclusiones del presente capítulo. Por ahora baste decir que la influencia de las instituciones de la gobernanza global sobre la elaboración de las leyes en México tiene, de suyo, una serie de implicaciones constitucionales que más adelante abordaremos.

IV. EL IMPACTO CONSTITUCIONAL DEL ESQUEMA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

1. *Planteamiento general*

En el contexto de la gobernanza global puede identificarse otro tipo de influencia ‘externa’ sobre los sistemas jurídicos de los Estados nacionales, en un nivel más profundo y estructural, que se encuentra más formalizada y estandarizada. Se trata de los compromisos adquiridos por parte de los Estados que se adhieren al esquema de la OMC, por un lado, y a los que adquieren en virtud de la suscripción de tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI).

Se trata, en ambos casos, de mecanismos más formalizados, puesto que la influencia se da a partir y a través de la suscripción de instrumentos in-

³⁷⁸ *Idem.*

³⁷⁹ Véase notas 321 y 322.

ternacionales de carácter vinculante para los Estados, como lo son los convenios de adhesión a la OMC y los referidos TLC y TBI. Como se sabe, en ambos casos el carácter vinculante deriva del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que a la letra dice: “Art. 26. Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Además, recordemos que el artículo 27 del propio Convenio de Viena añade que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, con lo cual se puede apreciar la pretensión del derecho internacional de prevalecer por encima del derecho nacional en caso de conflicto de normas.

Por otra parte, se trata de una influencia más estandarizada, en razón de que las reglas, principios y procedimientos del esquema de la OMC son exactamente los mismos para todos los Estados que se adhieren a él. Asimismo, los TLC y TBI también acusan un alto grado de homogeneidad en términos de su contenido

2. *El debate sobre las implicaciones constitucionales de los regímenes regulatorios internacionales*

Sin embargo, antes de entrar al análisis de la OMC y los TLC y TBI desde una perspectiva constitucional, es preciso hacer referencia a un debate más general relativo a los sistemas normativos creados y desarrollados en el marco de organizaciones y tratados como los arriba referidos. El debate puede apreciarse en la literatura jurídica reciente sobre globalización y derecho, en la que se perciben distintos tipos de preocupación relacionados con las implicaciones constitucionales de regímenes regulatorios internacionales basados en tratados.³⁸⁰ El debate es actual, pero hay que señalar que ya en los años ochenta del siglo XX Sorensen observaba la emergencia de un campo formado por estructuras organizacionales creadas a nivel internacional a través de tratados, que no solamente prescriben ciertas reglas de conducta para los Estados que son parte, sino que además crean órganos a los que se les otorgan ciertos poderes. Una parte esencial de esos tratados consiste en reglas relativas a competencias, que por medio de criterios positivos o negativos determinan los poderes de los órganos. A ese campo Sorensen le

³⁸⁰ Más adelante abundaremos en la noción de ‘regímenes regulatorios internacionales basados en tratados’ en los cuales puede incluirse tanto al esquema de la OMC como el TLCAN. El concepto lo hemos tomado de Stewart, Richard, “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 65-67.

dió el nombre de “órdenes jurídicos autónomos a nivel internacional”.³⁸¹ Es decir, a través de tratados, ciertos órganos reciben de los Estados atribuciones para realizar ciertas tareas, y para ello emplean algunas formas jurídicas y establecen límites jurídicos, lo cual constituye fenómenos jurídicos que son similares —dice Sorensen— a las Constituciones de los Estados.³⁸²

De manera interesante, Sorensen se pregunta si las organizaciones internacionales individuales, dentro del sistema internacional, pueden ser identificadas como subsistemas autónomos; ante lo cual —sostiene el autor— la investigación debe dirigirse a descubrir si existen características especiales que hacen posible la identificación de subsistemas autónomos. Así, para Sorensen, tales características tendrían que ser detectadas sobre todo en los campos de creación y aplicación de derecho y de resolución de disputas.³⁸³

Consideramos que la indicación de Sorensen es particularmente útil, en razón de que nos da criterios jurídicos y formales para determinar el carácter “semiautónomo” de un orden jurídico creado a nivel internacional. Con base en esa orientación, podemos adelantar la premisa de que en el horizonte mexicano se pueden ver al menos cuatro órdenes jurídicos a nivel internacional en los que existen órganos que crean y aplican derecho de manera autónoma, y cuyas decisiones son vinculantes para el Estado mexicano: los órganos de resolución de disputas de la OMC; los órganos de resolución de disputas del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los del capítulo 19 del propio TLCAN y, en otro ámbito, con otra cobertura, y respecto de otros sujetos y objetos de protección, los órganos de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano. En ello profundizaremos más adelante; no obstante, por el momento debemos señalar que si la creación y aplicación de derecho por parte de dichos órganos incide o tiene el potencial de incidir de alguna forma en los arreglos constitucionales de los Estados nacionales, entonces podremos identificar otro de los puntos clave que forman parte del planteamiento de la presente investigación.

³⁸¹ Sorensen, Max, “Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, parte 3, julio 1983, p. 562.

³⁸² *Ibidem*, pp. 562 y 563.

³⁸³ Cabe señalar que la conclusión de Sorensen es que efectivamente, existen una multitud de sistemas independientes, lo que le lleva a preguntarse si eso conduce a la fragmentación del orden jurídico universal. Sin embargo, ve evidencia de que el orden jurídico internacional engloba a la gran variedad de órdenes jurídicos autónomos como subsistemas. Existen mecanismos que sirven para entrelazar los subsistemas jurídicos y combinarlos en sistemas superiores, incluso cuando no hay una integración formal. *Ibidem*, pp. 564, 575 y 576.

En este capítulo nos enfocaremos a analizar los esquemas de la OMC, TLC y de los TBI (a los que deben vincularse los capítulos 19 y 11 del TLCAN). Dejaremos para el capítulo siguiente la referencia a los órganos de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano.

De esta forma, comenzaremos por señalar que los esquemas de la OMC, de los TLC y de los TBI han sido definidos por Stewart como “regímenes regulatorios internacionales basados en tratados”. Es decir, son órdenes jurídicos establecidos por tratados u otro tipo de acuerdos entre Estados, que establecen y vigilan la implementación de estándares regulatorios internacionales, y con frecuencia establecen un secretariado u otro tipo de órganos (tales como los de resolución de disputas). Ese es precisamente el caso de las referidas OMC y TLCAN, y también del BM, el FMI y varias organizaciones de la ‘familia’ de la ONU.³⁸⁴

Desde la perspectiva doméstica, los diferentes tipos de regímenes regulatorios internacionales han sido atacados por la percepción de que llevan a importantes cambios en el derecho doméstico, sin que estén adecuadamente sujetos a los sistemas domésticos de rendición de cuentas y control político y jurídico que se aplicarían a las medidas puramente domésticas.³⁸⁵ En otras palabras, el dramático crecimiento de poderosos regímenes regulatorios globales ha hecho surgir importantes preocupaciones sobre temas relacionados con la gobernanza interna, como el control, rendición de cuentas, participación, legitimidad y responsabilidad. Todas ellas son preocupaciones de carácter constitucional.

La lectura constitucional de estos fenómenos se ha dado desde distintas perspectivas. Una de ellas corresponde al enfoque del llamado “derecho administrativo global”, el cual ha sido definido por Kingsbury, Krisch y Stewart como un concepto que

³⁸⁴ En su tipología de regímenes regulatorios internacionales incluye también a las ‘redes regulatorias transnacionales’; y los ‘acuerdos de reconocimiento mutuo y determinaciones de equivalencia regulatoria cooperativa’. Además, observa que actores no estatales, incluyendo representantes de ONG, participan en varios grados en estos tres diferentes tipos de arreglos regulatorios globales. Incluso, en algunos casos, por la percibida debilidad de la gobernanza global y la necesidad de armonización regulatoria, han surgido organizaciones regulatorias privadas que establecen estándares, como la International Standards Organization, organizada primariamente o exclusivamente por empresas, y regímenes híbridos privado-públicos, incluyendo empresas, ONG y a veces Estados u organizaciones internacionales. Stewart, Richard, “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 65-67.

³⁸⁵ Para Stewart, mientras que los tratados requieren ratificación, los regímenes basados en tratados cada vez más adoptan medidas regulatorias a través de autoridades subsidiarias con capacidad de creación normativa, incluyendo la conferencia de las partes, órganos administrativos, y órganos de resolución de disputas. *Ibidem*, pp. 69 y 70.

incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la rendición de cuentas de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica.³⁸⁶

Cabe aclarar que el derecho administrativo global no es una rama del derecho positivo ni una disciplina jurídica plenamente consolidada. Más bien es un enfoque de la acción administrativa global que cubre todas las reglas y procedimientos que ayudan a asegurar la *accountability* de la administración global, y se concentra en particular en las estructuras administrativas, en la transparencia, en los elementos participativos, en el procedimiento administrativo, en los principios de una toma de decisiones razonadas, y en los mecanismos de revisión.³⁸⁷

En la práctica, el enfoque del derecho administrativo global representa un esfuerzo por identificar, diseñar y ayudar a construir estructuras transnacionales y globales para desempeñar funciones a lo sumo comparables

³⁸⁶ Kingsbury, B. *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 15 (Summer/Autum, 2005), p. 17. Una traducción en castellano puede encontrarse en <http://www.uilj.org/GAL/documents/El surgimiento del Derecho Administrativo Global.pdf> (traducción de Gisela Paris y Luciana Ricart).

³⁸⁷ “En este sentido, el derecho administrativo global reúne diferentes ramas del derecho que pertenecen a la administración global pero que han sido tratadas en forma separada por mucho tiempo, a menudo por razones conceptuales. Incluye, como uno de sus componentes, al campo del ‘derecho administrativo internacional’ de larga data, un término utilizado principalmente para denotar las reglas, procedimientos e instituciones a través de las cuales las organizaciones internacionales tratan las controversias laborales y otros asuntos internos. También incluye la interpretación específica de Kart Neumeyer y otros del “derecho administrativo internacional” como el cuerpo de normas nacionales que rigen los efectos de los actos administrativos de un Estado extranjero en el sistema normativo del Estado. Pero nuestra concepción del derecho administrativo global es mucho más amplia, y se aproxima al enfoque de 1935 de Paul Négulesco que percibe al derecho administrativo internacional como “una rama del derecho público que, al examinar los fenómenos legales que juntos constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración”. *Ibidem*, pp. 28 y 29.

a aquellas que el derecho administrativo cumple a nivel doméstico, y a reformar el derecho administrativo doméstico para permitirle ocuparse del carácter cada vez más global de la regulación.³⁸⁸

Desde este enfoque, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, lo que subyace al surgimiento del derecho administrativo global es el gran incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la administración diseñada para enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada en áreas que van desde la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, hasta la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, el cumplimiento de las leyes, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los movimientos transfronterizos de poblaciones, y refugiados. De esta manera:

Cada vez más, estas consecuencias no pueden ser adecuadamente afrontadas a través de medidas nacionales regulatorias y administrativas aisladas. Como resultado de ello, se han establecido diversos sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global. Además, muchos de los detalles y de la implementación de dicha regulación se encuentran determinados por órganos administrativos transnacionales —incluyendo organizaciones internacionales y grupos informales de funcionarios— que desarrollan funciones administrativas pero que no están sujetos directamente al control de los gobiernos nacionales o a los sistemas legales domésticos o, en el caso de los regímenes basados en tratados, a los Estados parte del tratado. Estas decisiones regulatorias pueden llegar a ser implementadas directamente por el sistema global a actores privados o, aún más frecuentemente, a través de medidas de implementación a nivel nacional. Asimismo, es cada vez más importante la regulación por órganos privados internacionales que establecen estándares y por organizaciones híbridas público-privadas que pueden incluir, entre otros, representantes de empresas, ONGs, gobiernos nacionales, y organizaciones intergubernamentales.³⁸⁹

En suma, para el enfoque del “derecho administrativo global”, estamos ante una situación en la cual cada vez hay un mayor número de áreas en las que diversas instituciones internacionales juegan un papel crucial tanto en la toma de decisiones como en la implementación de políticas. Sin

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R., *op. cit.*, p. 16.

embargo, a nivel global no existe una estructura global, análoga a la del derecho público estatal (constitucional y administrativo), que permita establecer límites, estándares, y proteger ciertos valores (como la legitimidad, la transparencia, la rendición de cuentas, entre otros), en el ejercicio que las instituciones internacionales hacen de su poder e influencia.³⁹⁰

A su vez, esta situación ha creado un déficit de rendición de cuentas (*accountability*) en el creciente ejercicio del poder regulatorio transnacional, el cual ha comenzado a estimular dos tipos diferentes de respuestas: primero, la tentativa de extender el derecho administrativo doméstico a las decisiones regulatorias intergubernamentales que afectan a una nación, y segundo, el desarrollo de nuevos mecanismos de derecho administrativo a nivel global para enfrentar decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales.³⁹¹

En la misma línea, Bogdandy, Dann y Goldman han observado que existen cada vez más áreas de política pública en que instituciones internacionales juegan un papel activo y a veces crucial en la toma de decisiones y la implementación de políticas, a veces incluso afectando directamente a individuos:

- Una venta de propiedad raíz en Berlín es bloqueada por una decisión del Consejo de Seguridad de la ONU (su comité de sanciones a Al-Qaida y a talibanes).
- La construcción de un puente en Dresden es opuesta legalmente porque afecta parte del río Elba, que ha sido incluido en la lista de la UNESCO como patrimonio de la humanidad.
- Políticas educativas nacionales son profundamente reformadas debido a los *rankings* de Pisa de la OECD.

Estos ejemplos muestran cómo es que hay “actividades de gobernanza” de instituciones internacionales que afectan de manera legal o fáctica a los asuntos domésticos. Y esto obliga a preguntarse de dónde provienen estas influencias, quién las controla y cómo se controlan.³⁹²

Los referidos autores ven una serie de problemas en estas “actividades de gobernanza global”. En primer lugar, existen riesgos para los derechos

³⁹⁰ Bogdandy, Armin von *et al.* “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, núm. 11, 2008.

³⁹¹ Kingsbury, B. *et al.*, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

³⁹² Bogdandy, Armin von *et al.*, *op. cit.*, pp. 1375 y 1376.

fundamentales, pues no hay la posibilidad de revisión judicial respecto de dichas actividades, además de que no hay tampoco salvaguardas procedimentales (y esto a pesar de que las actividades de gobernanza global cada vez tienen más un efecto directo sobre los individuos).

Por otro lado, ven también riesgos para lo que llaman la “autodeterminación colectiva” (democracia). Es decir, no existe un proceso democrático que vincule y haga rendir cuentas a las instituciones internacionales que participan en la gobernanza global; y hay un problema de “distancia” entre las instituciones internacionales y los destinatarios y afectados por las actividades de gobernanza global. Las actividades de la gobernanza global se caracterizan por procesos burocráticos secretos y poco transparentes. Finalmente, existen límites y obstáculos de diversa índole para la existencia y desarrollo de una verdadera “justicia global”. En suma, para los autores mencionados hay deficiencias en la gobernanza global desde el punto de vista del derecho público. No hay un “derecho público global” que haga a nivel global lo que el derecho público hace a nivel interno.³⁹³

No es este el espacio adecuado para referirnos con detalle a toda la propuesta teórico-conceptual de los referidos autores, propuesta que surge ante la percibida necesidad de desarrollar categorías jurídicas nuevas que sirvan para ir generando un marco delimitador de las actividades de la gobernanza global (en aras de la protección de valores constitucionales básicos). No obstante, por lo menos apuntaremos que el esfuerzo de estos autores se dirige a crear un nuevo concepto de *acto con autoridad pública internacional*, como prerrequisito para el ejercicio de una función limitadora (en el entendido de que solo los actos con autoridad necesitan ser constituidos y limitados por el derecho público, y la función limitadora del derecho público depende de actores y actividades identificables a quienes se puedan imponer limitaciones).

Como ya mencionamos, para Von Bogdandy, Dann y Goldmann si el derecho público es entendido, manteniéndonos en el esquema de la tradición liberal y democrática, como un cuerpo de derecho destinado a proteger la libertad individual y a permitir la autodeterminación política, cualquier

³⁹³ Pero ¿qué hace el derecho público a nivel interno? Para Bogdandy, Dann y Goldmann, el derecho público doméstico tiene una función constitutiva de la autoridad pública (y sus actos), así como una función limitadora de la autoridad pública (y de sus actos). En particular, esta segunda función ayuda a traducir las preocupaciones sobre la legitimidad de las actividades de gobernanza en argumentos de legalidad. Al decir de estos autores, la experiencia de las democracias liberales enseña lo importante que es que las preocupaciones por la legitimidad puedan, en principio, ser puestas en términos de asuntos de legalidad. *Ibidem*, pp. 1379-1389.

acto que tenga un impacto sobre esos valores, sea vinculante o no, debe ser incluido si ese impacto es lo suficientemente significativo para abrir una preocupación sobre su legitimidad. En razón de lo anterior, es importante identificar aquellas actividades internacionales que determinan a otros sujetos jurídicos y limitan su libertad.³⁹⁴

Por último, en su conceptualización novedosa, lo “público” en el ejercicio de autoridad internacional pública se basa en dos criterios:

- A. La base jurídica de la autoridad: si proviene de delegación de autoridad por parte de los Estados; o bien,
- B. Si se trata de actividades que puedan ser vistas como equivalentes funcionales de una actividad regulada sobre una base jurídica pública: hay instituciones de derecho privado o instituciones híbridas que no tienen una delegación relevante de autoridad, pero que llevan a cabo actividades que son de interés público, al igual que las basadas en delegaciones de autoridad (un ejemplo típico en el que hay una actividad de gobernanza global que afecta “bienes público” o una infraestructura global, es la institución que maneja internet: ICANN.)

Basados en este esquema, podemos preguntarnos qué entidades ejercen la autoridad pública internacional. La respuesta ha de requerir una diferenciación entre entidades u organismos formales (entre los que podemos encontrar organizaciones internacionales con personalidad jurídica internacional, como la FAO, la OIT o la OMC; o bien regímenes derivados de tratados como el relativo a la CITES³⁹⁵ o a los tratados bilaterales de inversión), y otros informales (como ciertos comités dentro de la OECD o el G8; o bien redes de burocracias o administradores domésticos). En el presente trabajo nos dedicaremos a examinar en detalle tres de estas entidades (formales), cuales son los órganos de resolución de diferencias que actúan en el esquema de la OMC, y los de los capítulos XI y XIX del TLCAN.

Como se ha podido constatar a lo largo de la presente sección, en el debate actual sobre las instituciones de la ‘gobernanza global’ existe una preocupación por su creciente poder, y por el efecto que su actuación puede tener sobre valores constitucionales que podríamos llamar ‘clásicos’ (li-

³⁹⁴ Véase nota 113.

³⁹⁵ La CITES (Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres) es un acuerdo internacional concertado entre los gobiernos. Tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia.

bertades individuales, debido proceso, democracia, rendición de cuentas, transparencia). Ello no obstante, el debate va más allá de este tipo de preocupaciones, lo cual solamente es perceptible si nos acercamos con más detalle a algunos de los órdenes normativos y sus respectivos órganos de aplicación, que conforman lo que Sorensen llamaría ‘órdenes jurídicos autónomos’ a nivel internacional, tarea a la que nos avocaremos en las secciones siguientes.

3. *Análisis de la OMC desde una perspectiva constitucional*

La Organización Mundial de Comercio (OMC) es un organismo intergubernamental internacional, establecido el 1o. de enero de 1995, cuyo objetivo fue reemplazar al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT) y organizar las normas relativas al comercio internacional. Entre sus funciones principales están las de administrar los acuerdos comerciales de la OMC; servir de foro para negociaciones comerciales; ayudar a que el comercio se desenvuelva sin obstáculos, conforme a un sistema reglamentado; resolver las controversias comerciales entre los gobiernos; organizar negociaciones comerciales; reducir el proteccionismo y las barreras arancelarias; supervisar las políticas comerciales nacionales, y dar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo.³⁹⁶

Cabe señalar que el acuerdo de creación de la OMC (Acuerdo de Marrakesh) y sus tres anexos son vinculantes respecto de todos los Estados miembros, como se desprende de los párrafos 2 y 3 del artículo II del acuerdo:

2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Plurilaterales”) también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado.

³⁹⁶ Véase página web de la OMC: www.wto.org.

Asimismo, debemos destacar que entre las obligaciones contraídas por los Estados miembros de la OMC está la de ajustar su derecho interno³⁹⁷ a la normativa derivada del Acuerdo de Marrakesh y sus anexos.³⁹⁸

Ahora bien, el impacto que estas normas tienen sobre los Estados es enorme, si se toman en cuenta al menos tres circunstancias. En primer lugar, los instrumentos de la OMC inciden sobre un gran número de materias reguladas por los órganos legislativos nacionales, que de alguna manera están vinculadas al comercio. Estas materias van desde los impuestos, incentivos fiscales, aranceles y subsidios, hasta normas oficiales, medio ambiente, medidas sanitarias, seguridad y propiedad intelectual, entre muchas otras. Esto significa que hay numerosos puntos de contacto entre las reglas de la OMC y el derecho nacional, en los cuales coinciden ambos, y en los que el derecho interno ha de ajustarse a los estándares del referido organismo intergubernamental.³⁹⁹

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta el valor de las actividades económicas comprendidas dentro del Acuerdo de la OMC: los intereses económicos implicados ha llevado a que el sistema otorgue una gran relevancia a la resolución de disputas entre los miembros de la OMC; disputas derivadas de la percepción de los Estados de una falta de ajuste entre las

³⁹⁷ Malik vincula las reformas judiciales de varios países de América Latina a la necesidad de responder a los cambios del medio externo: “Las experiencias de otros países con la reforma judicial presentan varias lecciones para los responsables de formular las decisiones políticas en los países que están en vías de desarrollo y en transición. Estas experiencias son de importancia especial para los responsables en tomar decisiones en América Latina, quienes necesitan responder urgentemente a los cambios en el medio externo, tales como el nuevo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Convenio de la Organización Mundial de Comercio (WTO), las implicaciones del TLC y la integración de los mercados de capital a través de medidas que fomentan el desarrollo empresarial y la competitividad (por ejemplo, la República de Venezuela está a la vanguardia de la modernización del Poder Judicial en América Latina con el apoyo del Banco Mundial). La familiarización con las mejores prácticas internacionales es de gran utilidad para los responsables de tomar decisiones en los países de Europa central y oriental y en otros Estados independientes de la antigua Unión Soviética que enfrentan la pregunta fundamental de cómo construir una infraestructura jurídica que garantice el cumplimiento de las leyes y establezca los cimientos legales para una gestión económica sólida en el marco de un sistema orientado hacia el mercado”. Malik, Waleed Haider, “El desarrollo económico y la reforma judicial: experiencias internacionales e ideas para América Latina”, *Reforma Judicial*, núm. 1, 2003, p. 93.

³⁹⁸ Artículo XVI-4 del Acuerdo de Marrakesh: “4. Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”.

³⁹⁹ Bhuiyan, Sharif, *National Law in WTO Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 6.

normas de la OMC y las normas nacionales sobre comercio y las relacionadas con el comercio (*trade-related norms*).⁴⁰⁰

En tercer lugar, el mecanismo de resolución de disputas tiene un alcance sin precedentes en el derecho internacional. En palabras de Bhuiyan, se trata de un sistema “obligatorio”, “exclusivo” y “automático”. Es “obligatorio”, puesto que todos los Estados miembros están sujetos a la jurisdicción de los distintos órganos del sistema de resolución de disputas de la OMC, y cualquier miembro puede activarlo de manera unilateral contra otro miembro. Es “exclusivo”, en razón de que en relación con disputas que entren en el ámbito de los acuerdos de la OMC excluye cualquier otro procedimiento o sistema de resolución de controversias.⁴⁰¹ Finalmente, es “automático”, pues una vez que el sistema de resolución de diferencias ha sido puesto en movimiento por la presentación de una demanda, las diversas etapas procesales previstas por el sistema se van sucediendo “automáticamente” de acuerdo con un estricto marco temporal previsto en el “entendimiento”. De esta suerte, el Estado demandado no puede bloquear ni retrasar los procedimientos en ninguna etapa.⁴⁰²

Asimismo, debemos mencionar que el sistema de solución de diferencias cuenta con una poderosa herramienta para forzar a los miembros de la OMC a ajustarse al cumplimiento de las reglas de dicha organización: si al cabo de todo el procedimiento (que en caso de apelación dura no más de un año y tres meses), el grupo de especial respectivo (panel) determina que el país denunciante tiene la razón, y si el país infractor no cumple con las conclusiones del panel, entonces el país denunciante podrá imponer represalias comerciales al país demandado, tales como el retiro de concesiones comerciales que deben ser aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en un plazo de treinta días siguientes a la expiración del “plazo prudencial” que se da al demandado para que cumpla.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho constitucional, el esquema de la OMC ha dado lugar a diversas posturas y debates. De hecho, como observan Howse y Nicoladis, de manera creciente, se hace referencia a los retos de la gobernanza económica mundial, y en particular a los

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

⁴⁰¹ En este sentido se expresa el artículo 23.1 del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” de la OMC: “1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar”.

⁴⁰² *Ibidem*, pp. 6-8.

de la OMC, en términos constitucionales.⁴⁰³ Sin embargo, esto ha abierto una importante línea de discusión en la que existen posturas encontradas. Como se verá con detalle más adelante, para algunos la OMC desempeña ‘funciones constitucionales’, o bien se da un entendimiento constitucional a los procedimientos para la resolución de disputas de la OMC, con su mecanismo jurídicamente riguroso y su ponderación y balance de valores públicos en competencia. Pero para otros, el derecho de la OMC está lejos de pertenecer a la tradición del constitucionalismo, además de tener una serie de implicaciones y efectos negativos sobre los arreglos constitucionales nacionales. A este debate nos aproximaremos en las páginas que siguen.

*A. La constitucionalización del derecho comercial internacional⁴⁰⁴
(un enfoque sustantivo)*

Ernst-Ulrich Petersmann ha desarrollado la idea de que el derecho de la OMC cumple o desempeña ‘funciones constitucionales’. Su punto de partida puede resumirse en la siguiente premisa: así como a nivel doméstico existe la necesidad de limitaciones constitucionales a los poderes regulatorios internos en la materia comercial, también existe la necesidad de crear garantías constitucionales para la “libertad de entrar en relaciones comerciales transnacionales”, así como la de establecer las correspondientes limitaciones a los poderes que definen las políticas comerciales internacionales de los Estados.⁴⁰⁵ En este sentido, aboga por un concepto de funciones constitucionales y de garantías jurídicas internacionales respecto de la libertad de comercio, no discriminación y transparencia en la formulación de la política comercial internacional de los Estados, para lo cual afirma que:

Como los derechos individuales no fueron ‘otorgados’ por los gobiernos y su enumeración en las constituciones escritas nunca fue vista como exhaustiva,

⁴⁰³ Howse, R. y Nicolaïdis, K., “Legitimacy and Global Governance: Why Constitution-alizing the WTO Is a Step Too Far”, en Porter, Roger *et al.* (eds.), *Efficiency, Equity and Legitimacy, The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington, Brookings Institution Press, 2001, p. 227.

⁴⁰⁴ La expresión “derecho comercial internacional” se refiere al conjunto de normas que regulan las transacciones comerciales internacionales y, en esa medida, incluye también a las normas referidas a la OMC (en tanto esquema regulador del comercio internacional). Sin embargo, compite con el concepto de “derecho económico internacional”, que se refiere a las normas relativas a la regulación del sistema económico global, en el que se incluye también el esquema de la OMC.

⁴⁰⁵ Petersmann, Ernst-Ulrich, “National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law”, *European Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, 1992, p. 27.

no hay ninguna razón constitucionalmente convincente para asumir que la libertad individual de comercio esté limitada a la posibilidad de elegir a los socios comerciales domésticos y que no proteja también las transacciones comerciales transnacionales.⁴⁰⁶

En esencia, el argumento de Petersmann se basa en la idea de que los derechos humanos y las ‘libertades de mercado’, ‘libertades económicas’ (incluido el derecho de propiedad) son análogos, es decir, tienen la misma naturaleza. Sin embargo, critica al ‘derecho de los derechos humanos de la ONU’ por descuidar las libertades económicas, derechos de propiedad y libertad de competencia económica, que él considera son precondiciones jurídicas para incrementar el bienestar de ciudadanos libres, además de que promueven el uso eficiente de recursos escasos, pues los “derechos humanos económicos son esenciales para permitir a los individuos adquirir, poseer, usar y disponer de los recursos necesarios para el goce de los derechos humanos”.⁴⁰⁷ Como parte de esta crítica, Petersmann sostiene que existe un ‘sesgo antimercado’ en los derechos humanos de la ONU, ya que la indivisibilidad de los derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales no están suficientemente protegidos como para permitir que los ciudadanos, los operadores económicos y los jueces apliquen y desarrollen progresivamente los derechos económicos y sociales en los tribunales domésticos e internacionales. Este sesgo, a su vez, reduce su potencial operacional —sostiene Petersmann— como parte relevante de las organizaciones económicas de alcance mundial, así como para el esquema de una economía de mercado basada en derechos y en la jurisprudencia (piensa, por supuesto, en el mecanismo de resolución de disputas de la OMC).⁴⁰⁸

Además, Petersmann busca fortalecer su idea de la analogía entre los derechos humanos y las ‘libertades económicas’ a nivel transnacional, aludiendo a la circunstancia de que el mecanismo de adjudicación de la OMC, al igual que los tribunales constitucionales nacionales, también emplea el método de la ponderación para resolver disputas. Ello deriva del hecho —sostiene— de que el derecho comercial internacional también reconoce su función instrumental para promover objetivos no económicos, como ‘elevar los niveles de vida’, promover el ‘desarrollo sustentable’ y ‘preservar el medio ambiente’ (preámbulo de la OMC). Asimismo, Petersemann sostiene que

⁴⁰⁶ *Idem*.

⁴⁰⁷ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 3, 2002, p. 639.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pp. 628 y 629.

los *balancing principles* en las ‘cláusulas de excepciones’ en el derecho comercial internacional como no discriminación, necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad individual (artículo XX, GATT) o derechos de acceso individual a tribunales (artículo X, GATT), son similares a los *balancing principles* en las ‘cláusulas de excepciones’ en los tratados de derechos humanos. Incluso dice que referencias indirectas a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad se encuentran en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Por ello es que los derechos humanos y el derecho comercial internacional tienen para Petersmann funciones complementarias para la protección de la libertad individual, la no discriminación y el *rule of law*.⁴⁰⁹

De esta manera, para Petersmann el derecho de la OMC representa un sistema de garantías jurídicas internacionales para la mejor protección de las libertades de comercio, la no discriminación, seguridad jurídica, transparencia, los derechos de propiedad, la libre competencia y el uso proporcional de los instrumentos de política comercial-internacional por parte de los Estados. De hecho, para este autor la OMC fue diseñada para cumplir con funciones constitucionales, consistentes en limitar los poderes discrecionales en materia de comercio exterior de los gobiernos a lo largo del mundo, a través de reglas estables y de rango superior (el Acuerdo de la OMC, sus acuerdos y anexos relacionados).⁴¹⁰ A su vez, esta visión lleva a poner al derecho de la OMC por encima de la política nacional, que en la visión de Petersmann en muchas ocasiones está capturada por intereses de corto plazo de productores, políticos y burócratas, que buscan beneficios y rentas, a través de normas que los protejan de la libre competencia. Sin embargo —afirma— esto atenta contra los intereses comunes de largo plazo de los individuos, los consumidores y los ciudadanos, derivados del libre comercio, no discriminación, transparencia y libre competencia.⁴¹¹

Como puede observarse, en el esquema de Petersmann subyace una visión hayekiana de la relación economía-Estado-sociedad, que privilegia los supuestos beneficios de la acción libre de las fuerzas del mercado, y censura la intervención estatal, como prerrequisito para generar y distribuir riqueza

⁴⁰⁹ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, núm. 2, 2003, p. 242.

⁴¹⁰ Petersman, E.U., “Constitutionalism and International Organizations”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 17, núm. 2-3, p. 446.

⁴¹¹ Incluso llega a afirmar que *demasiado* control democrático y parlamentario sobre la política arancelaria tiene el riesgo de reducir el bienestar económico en una sociedad. Petersmann, E.U., “From ‘Negative’ to ‘Positive’ Integration in the WTO: Time for ‘Mainstreaming Human Rights’ into WTO Law”, *Common Market Law Review*, vol. 37, núm. 6, 2000, pp. 1365-1368.

y bienestar en las sociedades.⁴¹² En este contexto es que puede entenderse que el referido autor afirme que los mercados económicos son tan importantes como los mercados políticos. Por ello —sostiene— como una necesaria consecuencia del ejercicio de derechos humanos en el área económica, los mercados económicos necesitan de protecciones constitucionales contra los abusos de poder, en grado no menor que los mercados políticos.⁴¹³ *Ergo*, son necesarias garantías jurídicas nacionales e internacionales para la protección de dichos mercados económicos.

En suma, Petersmann ve el Acuerdo de la OMC como un instrumento que busca extender valores de derechos humanos básicos a través de las fronteras; así, puede entenderse como ejerciendo ‘funciones constitucionales’ para la protección jurídica de valores identificados con los derechos humanos doméstica e internacionalmente.⁴¹⁴ La sugerencia es que los valores que subyacen al derecho de la OMC —tales como protección de la libertad jurídica, los derechos de propiedad, la no discriminación, *rule of law*, el acceso a tribunales, el bienestar económico y la soberanía nacional para buscar objetivos de políticas no económicos, que son más importantes que el libre comercio— reflejan los correspondientes principios de derechos humanos.⁴¹⁵

Finalmente, Petersmann busca demostrar que como resultado del reconocimiento universal de los derechos humanos a nivel internacional, estos derechos son relevantes para la interpretación y aplicación de las reglas de

⁴¹² “Donde la libertad y los derechos de propiedad son protegidos, los individuos comienzan a producir y a intercambiar bienes y servicios demandados por los consumidores. El hecho de que la mayoría de la gente dedica la mayor parte de su tiempo en sus ‘libertades económicas’ (p. ej. en producir e intercambiar bienes y servicios incluyendo el trabajo y las ideas de las personas) ilustra que para la gente ordinaria, al contrario de muchos abogados, las libertades económicas no son menos importantes que las libertades civiles y políticas”. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, p. 629.

⁴¹³ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO ‘Linking Principles’ for Trade and Competition”, *New England Law Review*, vol. 34, 1999, p. 148.

⁴¹⁴ *Ibidem*, pp. 636 y 637.

⁴¹⁵ La propuesta de Petersmann es bastante más ambiciosa, puesto que incluye ideas tales como la necesidad de que el derecho de las organizaciones internacionales sea construido de conformidad con los derechos humanos reconocidos por los Estados miembros; la invocabilidad directa por parte de los individuos del derecho de las organizaciones internacionales (como por ejemplo, el derecho de la OMC); la posibilidad de que los tribunales nacionales o internacionales recurran al derecho internacional de los derechos humanos como límites constitucionales sobre el derecho y los poderes de las organizaciones internacionales; el empleo de criterios de derechos humanos para interpretar las cláusulas de interés público (que justifican excepciones a las reglas de libre comercio de la OMC), y la necesidad de más democracia en los procesos de elaboración de normas de las organizaciones internacionales. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, pp. 621-650.

la OMC, especialmente para las garantías de la OMC sobre libertad, no discriminación, *rule of law*, propiedad privada, acceso a tribunales, debido proceso legal, y para numerosas excepciones de la OMC que permiten restricciones a la libertad de comercio, a efecto de proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, la moral pública y otros ‘valores de los derechos humanos’.⁴¹⁶ Es decir, las reglas de la OMC deben ser interpretadas de conformidad con las obligaciones de los Estados derivadas de los tratados internacionales sobre los derechos humanos.⁴¹⁷

Y si la protección constitucional de la ‘libertad personal’ se extiende a la demanda y oferta privada a través de fronteras, entonces las obligaciones internacionales de los gobiernos (en GATT, OMC), de proteger la libertad y la no discriminación entre ciudadanos a través de fronteras puede servir ‘funciones constitucionales’ para limitar abusos de los poderes del gobierno y para reforzar la protección de los derechos individuales.⁴¹⁸

Al igual que otros colegas que participan en el debate, Petersmann manifiesta una preocupación por la cuestión de la legitimidad del esquema de la OMC. Ante esto, y en su visión, el reconocimiento explícito de derechos humanos universalmente reconocidos como parte del contexto jurídico relevante para la interpretación de las reglas de la OMC podría fortalecer la legitimidad de los procesos de toma de decisiones de la OMC y del derecho de la OMC.⁴¹⁹ Asimismo, este autor ve la necesidad de agrandar las bases sociales y políticas de apoyo de OMC y su *legitimidad constitucional*. Para ello, propone ampliar la transparencia en los procesos de toma de decisiones en el seno de la OMC; la creación de un consejo asesor con participación de

⁴¹⁶ Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, núm. 2, 2003, p. 242.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁴¹⁸ Petersmann deja abiertas varias preguntas: ¿puede el derecho de la OMC realizar sus objetivos de libre comercio e integración comercial global sin considerar derechos humanos reconocidos universalmente?; las tensiones entre las reglas de la OMC y derechos humanos ¿deben ser clarificadas caso-por-caso por los jueces de la OMC (a pesar de que los miembros de los paneles de la OMC y del Órgano de Apelación, pueden no estar familiarizados con los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos?; ¿los diplomáticos en el órgano de arreglo de disputas de la OMC pueden producir reportes de los paneles y del órgano de apelación sugiriendo nuevas interpretaciones de derechos humanos?; ¿cómo se puede limitar el riesgo de abusos proteccionistas basados en argumentos de derechos humanos para justificar restricciones comerciales?; ¿cómo han de percibir los activistas de derechos humanos y los órganos de derechos humanos de la ONU las interrelaciones entre los derechos humanos y las reglas de la OMC?, entre otras. Petersmann, *op. cit.*, “Time for a United Nations ‘Global Compact’...”, p. 643.

⁴¹⁹ Petersmann, *op. cit.*, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, pp. 258 y 259.

la sociedad civil, y el envío regular y oportuno de información a los parlamentos nacionales sobre las negociaciones que se llevan al cabo en el seno de la OMC.⁴²⁰

Cabe señalar que Petersmann no es un autor aislado en su perspectiva, pues existen otros académicos que han desarrollado perspectivas parecidas. Por ejemplo, McGinnis y Movsesian responden a aquellos que opinan que la OMC significa una amenaza para la soberanía y la democracia representativa, y que tiene el potencial de bloquear importantes programas adoptados por gobiernos elegidos popular y democráticamente, con el siguiente argumento:

El libre comercio y el gobierno democrático enfrentan un obstáculo común —la influencia de poderosos intereses de grupo. Como el libre comercio crea riqueza en cada nación, es posible esperar que las mayorías nacionales favorezcan políticas de libre comercio, por encima de políticas que benefician a intereses especiales a expensas de la mayoría. Algunas industrias en una nación, sin embargo, sufren en razón del libre comercio, y los empresarios y trabajadores en esas industrias se movilizarán para pedir medidas proteccionistas que restrinjan las importaciones. Esos grupos de interés proteccionistas tienen un desproporcionado poder en la política doméstica, y su cabildeo con frecuencia puede asegurar restricciones a las importaciones, a pesar de que la mayoría de la ciudadanía sufra—.

En este contexto, la OMC puede promover el poder de las mayorías nacionales al contener la influencia de los intereses de grupo proteccionistas, estableciendo normas y estándares y vigilando que los Estados las cumplan. De esta suerte —afirman los autores— la OMC, al promover el libre comercio y la democracia en que impera el interés de la mayoría, refleja los principios del federalismo y del constitucionalismo madisoniano en el nivel global.⁴²¹

De hecho, proponen los autores un régimen de comercio internacional que esté enfocado a restringir la influencia de los grupos de interés proteccionistas, puede reforzar, en lugar de debilitar, un importante elemento de

⁴²⁰ Petersmann, *op. cit.*, “From ‘Negative to ‘Positive’ Integration...”, pp. 1368 y ss.

⁴²¹ Según los autores, el esquema de la OMC refleja el federalismo norteamericano, porque la estructura federal de los Estados Unidos fue originalmente diseñada para prevenir la discriminación en el comercio interestatal, restringiendo con ello a los intereses de grupo proteccionistas dentro de cada estado. Y refleja también una visión madisoniana, pues, como dijo Madison en *El Federalista*, núm. 10, el fin de la Constitución de los Estados Unidos era ‘asegurar el bien público y los derechos privados contra el pelogro de... las facciones, y al mismo tiempo preservar el espíritu y la forma del gobierno popular...’. McGinnis, John y Movsesian, Mark L., “The World Trade Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 2, diciembre de 2000, pp. 512-515.

la soberanía, en la medida en que permanezca como vigilante, y no se involucre en expedir regulación sustantiva por sí misma, tal y como se encuentra en este momento el esquema de la OMC.⁴²²

B. *La constitucionalización del derecho comercial internacional
(un enfoque procedimental-adjudicativo)*

Deborah Cass ha desarrollado también la idea de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional, pero en lugar de considerar aspectos sustantivos (como Petersmann), ha centrado su atención en el proceso de adjudicación de la OMC. Según Cass, un sentido posible para hablar de la constitucionalización del derecho comercial internacional es aquel que se vincula con la caracterización tradicional de creación de normas constitucionales por vía de la interpretación judicial: “De acuerdo con esta definición, el tribunal de apelación de la OMC, el Órgano de Apelación, es la fuerza dinámica detrás de la construcción de constitución en virtud de su capacidad para generar normas y estructuras constitucionales a lo largo de la resolución de disputas”.⁴²³ Implícita en el argumento de Cass está la idea de que las decisiones del Órgano de Apelación (OA) comparte características lo suficientemente similares con el derecho constitucional nacional para caracterizarlo como una forma de toma de decisión cuasiconstitucional, y por tanto para garantizar la descripción del sistema en su conjunto como en proceso de constitucionalización.⁴²⁴

No obstante, y adelantándose a la crítica de que en el esquema de la OMC no hay Estado, ni hay comunidad política alguna para legitimar la toma de decisiones, Cass aclara que usa el concepto de ‘constitucionalización’ en un sentido más amplio para argumentar que las decisiones del OA y los paneles de la OMC están comenzando a desplegar algunas características ordinariamente asociadas con las decisiones judiciales de sistemas constitucionales nacionales y supranacionales. Así, sostiene la autora,

...la jurisprudencia de la OMC exhibe un interés explícito con la delineación de poder entre estados miembros y el mecanismo centralizado de arreglo de disputas; en algunos casos, pide prestado de doctrinas y técnicas constitucionales, como la proporcionalidad; en otros casos, ha extendido su alcance en

⁴²² *Ibidem*, p. 529.

⁴²³ Cass, Deborah Z., “The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation and the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 40-42.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 42.

materias, tales como salud, antes considerada exclusivamente como materias de las constituciones nacionales. Como resultado, una forma de derecho híbrida está emergiendo que tiene suficiente semejanza con el derecho constitucional nacional y supranacional para referirse a él con el descriptor de ‘constitucionalización’.⁴²⁵

Para Cass, el derecho comercial internacional tiene una clara afinidad con un sistema constitucionalizado, porque su *case law* se basa de una manera mayor en técnicas del razonamiento de la adjudicación constitucional. Con base en esas técnicas —sostiene la autora— el OA está empezando a crear una estructura constitucional para el derecho comercial internacional. La arquitectura del sistema está empezando a tener una mayor semejanza con una estructura constitucional, que el derecho internacional general. Está ocurriendo un más localizado proceso de interpretación constitucional y creación constitucional en la esfera del derecho comercial internacional.⁴²⁶ Consciente o inconscientemente —dice Cass— el OA de la OMC es instrumental en construir esa estructura constitucional,⁴²⁷ pero lo que está siendo creado no es ‘constitucional’ en el sentido tradicional nacional, aunque sí tiene un parecido. Y el punto de partida es la creación del OA con poderes ampliados para producir decisiones vinculantes.

Para Cass, la constitucionalización del derecho comercial internacional se está dando a través de cuatro técnicas específicas. En primer lugar, observa el fenómeno por el cual ciertas reglas, principios y doctrinas del derecho constitucional están siendo tomado prestadas —por así decirlo— y están siendo empleadas en las decisiones del OA de la OMC, lo que a su vez está llevando a una semejanza más cercana entre el derecho comercial internacional y el derecho constitucional (por ejemplo, el juicio de proporcionalidad y el razonamiento sobre competencia jurisdiccional).⁴²⁸ En segundo lugar, las decisiones del OA son constitutivas de un nuevo sistema de derecho, pues contribuyen a formar un cuerpo normativo que no es ni de los Estados ni se adscribe al derecho internacional tradicional.⁴²⁹ En tercer lugar, mediante sus decisiones, el OA incorpora materias que tradicionalmente han sido vistas como pertenecientes a la competencia constitucional nacional, tales como la salud pública.⁴³⁰ Y en cuarto lugar, observa Cass que la ju-

⁴²⁵ *Idem.*

⁴²⁶ *Idem.*

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁴²⁸ ‘*constitutional doctrine amalgamation*’.

⁴²⁹ ‘*system constitution*’.

⁴³⁰ ‘*subject matter incorporation*’.

risprudencia del OA no solamente se basa en reglas, principios y doctrinas constitucionales, sino que se asocia con valores constitucionales más profundos (tales como temas de democracia y gobernanza, sobre cómo diseñar un sistema de derecho equilibrado).⁴³¹

Con el fin de dar sustento a sus planteamientos, Cass analiza el caso *Hormonas*,⁴³² cuyos aspectos más relevantes pueden resumirse de la siguiente manera: a partir de 1989, las Comunidades Europeas adoptaron medidas por las cuales se prohibía la importación de productos cárnicos en razón del empleo de seis hormonas que estimulan el crecimiento del ganado, y que desde los ochenta venían siendo objeto de análisis y discusión en cuanto a sus efectos presuntamente nocivos en la salud humana. Las hormonas son: estradiol-17β, progesterona, testosterona, acetato de trembolona (TBA), zeranol y acetato de melengestrol.

Ante esta prohibición, y a manera de sanción, los Estados Unidos decidieron incrementar los derechos de aduana sobre diversos productos agroalimentarios de la Comunidad Europea (carne de vacuno, café, bebidas de bajo contenido alcohólico, conservas de tomate y zumos de fruta) por valor de más de 90 millones de dólares.

Ya entrado en vigor el Acuerdo de la OMC, la Comunidad Europea protestó en contra de lo que consideraba medidas unilaterales de los Estados Unidos, contrarias al espíritu del referido Acuerdo. Por su parte, Estados Unidos y Canadá consideraban que la prohibición de la Comunidad Europea era contraria tanto a los artículos III y XI del GATT de 1994 como a los artículos 2o., 3o. y 5o. del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el artículo 2o. del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el artículo 4o. del Acuerdo sobre Agricultura.

A partir de estas diferencias, se integraron dos grupos especiales (el 20 de mayo de 1996 y el 16 de octubre de 1996), y sus informes resultaron favorables a la posición de los Estados Unidos y de Canadá, en los siguientes términos básicos:

- i. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no se basaban en una evaluación del riesgo, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Los estudios científicos de la CE no respaldaban la prohibición impuesta a la carne tratada con hormonas.

⁴³¹ 'constitutional value association'. *Ibidem*, p. 52.

⁴³² Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), *Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS26/R/USA, 18 de agosto de 1997.

ii. Las Comunidades Europeas, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que consideraban adecuados en diferentes situaciones, que tenían por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. En particular, en contraste con la prohibición impuesta a las hormonas estimulantes del crecimiento, la CE permitía niveles más elevados de las mismas hormonas de producción endógena en la carne no tratada y en otros alimentos; el uso de las mismas hormonas con fines terapéuticos y de gestión de rebaños; y el uso de otros estimulantes del crecimiento (por ejemplo, los antimicrobianos carbadox y olaquinox, conocidos por su actividad carcinogénica) en la producción de porcinos.

iii. Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no estaban basadas en normas internacionales existentes sin que ello estuviera justificado al amparo del párrafo 3 del artículo 3o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, habían actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 3o. de dicho Acuerdo.

iv. Las Comunidades Europeas no se habían amparado en el párrafo 7 del artículo 5o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que permitía la adopción de medidas de precaución de manera provisional, sino más bien en el “principio de cautela” en general. El grupo especial consideró que el recurso al “principio de cautela” no anulaba las obligaciones de un país en el marco del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.⁴³³

En ambos informes, el grupo especial recomendó, en el párrafo 9.2, lo siguiente: “... que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan sus medidas en conformidad con las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”.

⁴³³ Las Comunidades Europeas invocaron el ‘principio de cautela’ contenido en el artículo 5o., párrafo 7o. del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, para justificar la adopción de las medidas impugnadas en este caso. Dicha disposición establece lo siguiente: “7. Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable”.

La Comunidad Europea apeló las recomendaciones ante el Órgano de Apelación, que emitió su informe el 16 de enero de 1998, en el cual

i. Estuvo de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que, puesto que la medida de la CE reflejaba un nivel más elevado de protección que la norma internacional y no estaba justificada por una evaluación del riesgo, infringía el artículo 3.

ii. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre el párrafo 1 de artículo 5 en el sentido de que no había una relación lógica entre la medida y las pruebas científicas presentadas sobre cinco de las hormonas y constató que no había una evaluación del riesgo para la sexta hormona (acetato de melengestrol).

iii. Revocó las constataciones del Grupo Especial sobre el párrafo 5 del artículo 5. El Órgano de Apelación consideró que había una diferencia fundamental entre las hormonas administradas y las de producción endógena en la carne y otros alimentos y que el uso terapéutico de hormonas llevaba consigo una mayor supervisión y control. Aunque el Órgano de Apelación convino en que la diferencia entre una prohibición impuesta a la carne de bovino tratada con hormonas y el uso de estimulantes del crecimiento en la producción porcina era arbitraria, no consideraba que esto produjera discriminación o una restricción encubierta del comercio.

iv. Confirmó la constatación del Grupo Especial sobre la utilización de la precaución y su relación con el párrafo 7 del artículo 5.

Ahora bien, la lectura constitucional que Cass realiza de este caso comienza con la observación de que el OA ha tenido que comenzar a tratar temas de la delimitación de su propia autoridad y de los Estados miembros. El OA produjo un estándar de revisión por los paneles respecto de las decisiones de los Estados nacionales, según el cual estos deben realizar una ‘evaluación objetiva’ (*objective assessment*), que no es ni examen *de novo* de la decisión nacional ni deferencia total. Este aspecto de la decisión señala que el ámbito de los órganos nacionales para tomar decisiones con efectos en el comercio no serán dejadas enteramente al Estado. En este tema, Cass observa que a pesar de que no ha habido transferencia de Poder Legislativo o Ejecutivo a la OMC y la autonomía clásica de la jurisdicción nacional queda intacta, ha habido un cambio sutil:

A través del proceso de interpretación judicial, las autoridades nacionales ya no pueden tomar decisiones sin que esas decisiones sean sujetas a escrutinio judicial por los paneles de la OMC. La deferencia no está a la orden del día, así, sea como se le mire, incluso si el ámbito actual de poder nacional permanece sin cambio, su ejercicio es afectado para siempre. Inserto en

los sistemas nacionales de los Estados miembros de la OMC hay un límite, aunque sea mínimo, que califica su anteriormente completa autoridad constitucional.⁴³⁴

Por otro lado —observa Cass— la decisión en el caso *Hormonas* busca una asociación con un valor constitucional (de democracia y gobernanza), que se expresa en términos del objetivo de encontrar un ‘balance’ o equilibrio entre la competencia nacional para determinar medidas sanitarias, y las competencias asignadas a la OMC por los Estados miembros.⁴³⁵

Asimismo, para Cass, el caso *Hormonas* muestra que el OA puede llegar a tener efecto en la competencia legislativa nacional en relación con estándares en materias no comerciales (salud pública). La regla: las medidas nacionales de salud no tienen que corresponder precisamente con los estándares internacionales para ser conformes con las normas de comercio internacionales. De esto se deriva:

Primero, que la interpretación judicial del instrumento internacional de derecho comercial ha confirmado que la salud, una materia de la autoridad constitucional nacional, está firmemente en la agenda del comercio internacional. Segundo, el tribunal ha mostrado una conciencia de las sensibilidades nacionales de la decisión por medio de la adopción de una construcción del texto que enfatiza la autoridad nacional. Esto es logrado por una combinación de los métodos identificados arriba: la asociación de la cuestión interpretativa con el valor de la soberanía estatal; y la amalgamación de técnicas constitucionales tales como economía judicial.⁴³⁶

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

⁴³⁵ “Implicit in this result are a number of conclusions. First, it suggests that, even in the exercise of mere treaty interpretation by the central tribunal, changes can occur in the scope of the *legislative power* of the member states. By the use of techniques such a constitutional doctrine amalgamation and constitutional value association the structure of international trade law is changing. Robust treaty interpretation, combined with strong judicial review incorporating such techniques, creates the possibility of subtly altering the legislative decision-making power by states, without an explicit transfer of power occurring. Again, the legitimacy of such a trend needs further consideration. Even taking account of the important qualification that states have not transferred regulatory power to any centralized body, an alteration in the national/international relationship has occurred, and largely by way of judicial interpretation. The implications for governance of states are clear. If national legislative bodies can ‘lose?’ a proportion of their power, or even have the exercise of that power conditioned in some significant ways, it would indicate two things. First, the judicial body has constituted a different relationship of power between the national and the international from the one which previously existed; and, secondly, the judicial body has begun to act *as though* the legal systems within its jurisdiction were not only singular systems of law but formed a part of a broader system of law”. *Ibidem*, pp. 58-60.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 63.

Otro caso paradigmático al que también se refiere Cass es el WT/DS58/AB/R, decidido en 1998 por el OA de la OMC, en el cual diversos Estados demandaron a los Estados Unidos por violar las reglas de la OMC en virtud de una serie de procedimientos administrativos relativos a la prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Los procedimientos implicaban, entre otras cosas, la realización de una investigación por parte de funcionarios de Estados Unidos acerca de los métodos empleados por las flotas de varios países para pescar camarón; producto de dicha investigación, la autoridad administrativa de los Estados Unidos podía otorgar o no una “certificación” al país en cuestión, dependiendo de si este último cumplía o no con estándares establecidos por los Estados Unidos relativos a la conservación de diversas especies de tortugas. La denegación de la “certificación” implicaba la prohibición de importar camarón del país en cuestión.

El OA de la OMC decidió el caso de acuerdo con una serie de consideraciones típicas del “discurso constitucional”: en relación con el procedimiento de certificación, no estaba prevista una oportunidad formal para el país solicitante para ser oído, o para que ese país pudiera responder a los argumentos que se formulan en su contra en el curso del procedimiento de certificación antes de que se adopte la decisión de conceder o denegar la certificación. Además, no había ninguna decisión formal escrita, fundada, de aceptación o de rechazo, con respecto a las solicitudes de certificación; y los países solicitantes no recibían ningún tipo de notificación especial, ni de aceptación ni de rechazo de la solicitud de certificación, ni de los motivos del mismo; y por último, los procedimientos analizados no preveían ningún mecanismo de revisión ni apelación con respecto al rechazo de una solicitud.

En virtud de estas consideraciones, el OA de la OMC concluyó que las medidas adoptadas por las autoridades administrativas de los Estados Unidos no eran compatibles con las normas y el espíritu del GATT.

¿Estamos en realidad ante un proceso de constitucionalización del esquema de la OMC?; ¿qué efectos puede tener este fenómeno en relación con las Constituciones de los Estados nacionales?

C. La crítica a la idea de la constitucionalización del derecho comercial internacional

Frente a las perspectivas desarrolladas por Petersmann y Cass, existen diversas posturas que se les oponen de varias formas. Entre los críticos más duros está, por ejemplo, Dunoff, quien de manera contundente sostiene que no existe una Constitución comercial mundial; los textos de la OMC no se

anuncian como una ‘Constitución’ del comercio mundial; ni siquiera crean una especie de legislatura mundial sobre comercio ni otorgan capacidad legislativa o regulatoria autónoma en algún órgano de la OMC; asimismo, afirma que tampoco se establece en los textos de la OMC un sistema constitucional con las características comúnmente asociadas con las estructuras institucionales del constitucionalismo, como separación de poderes o frenos y contrapesos; no establecen tampoco un ‘derecho al comercio’ ni otorgan explícitamente al Órgano de Apelación la facultad de establecer un sistema constitucional a través de la interpretación judicial; además, los informes del mecanismo de arreglo de disputas no contienen ninguna referencia a una Constitución comercial, y muchos de los Estados miembros, incluyendo los de mayor peso económico y comercial, como los Estados Unidos y la Unión Europea, se han negado a dar ‘efecto directo’ a las obligaciones derivadas de los tratados de la OMC; es decir, los individuos no pueden invocar las reglas de la OMC ante los tribunales domésticos.⁴³⁷

Para Dunoff, las distintas vertientes de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional tienen en común el objetivo de alejar el comercio internacional del mundo de la política: ya sea en la versión de Petersmann, que busca dar un carácter superior e intocable al ‘derecho a realizar transacciones transnacionales’ (homologándolo a los derechos humanos); o bien, en la versión de Cass, que busca ‘judicializar’ y envolver en lenguaje constitucional el proceso judicial la resolución de disputas comerciales en el esquema de la OMC.⁴³⁸ Asimismo, señala que

Los académicos del [derecho] comercial invocan el discurso constitucional en razón del indudable poder que este discurso tiene en círculos jurídicos. Sin embargo, el poder ideológico y simbólico asociado con el discurso constitucional ha provocado poderosas respuestas de aquellos quienes podrían contradecir o negar autoridad constitucional. Paradójicamente, mientras el giro hacia el constitucionalismo puede ser visto como un esfuerzo por cerrar el debate y remover temas del ámbito del debate político, en la práctica los defensores del constitucionalismo han provocado, sin advertirlo, un robusto y productivo debate normativo.⁴³⁹

Para Dunoff, el giro al constitucionalismo puede ser explicado en razón de otro motivo, que refleja una debilidad: desde las protestas de Seatt-

⁴³⁷ Dunoff, Jeffrey L., “Why Constitutionalism Now?, Text, Context and the Historical Contingency of Ideas”, *Journal of International Law and International Relations*, vol. 1, núm. 1-2, 2005, pp. 197 y 198.

⁴³⁸ *Ibidem*, pp. 198-200.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 202.

le y Cancún, el esquema de la OMC no puede ya presentarse a sí mismo en términos tecnocráticos, sin necesidad de aceptación popular. Desde esta perspectiva —dice Dunoff— el giro al constitucionalismo puede entenderse como un esfuerzo por encontrar un principio de legitimación para un sistema que enfrenta una ‘crisis de legitimidad’, en una especie de desfase entre el poder de la OMC y la ausencia de una base popular amplia para ejercer ese poder.⁴⁴⁰

Por otro lado, se encuentran posturas que, sin contradecir directamente argumentos como los de Petersmann y Cass, desarrollan una perspectiva crítica que ven con preocupación el efecto del derecho de la OMC sobre arreglos constitucionales básicos de los Estados nacionales. Como ejemplo de esta postura podemos mencionar el trabajo de Armin von Bogdandy, quien observa la tensión en la relación entre el derecho económico internacional y la legitimidad, en el sentido de que el primero afecta y debilita a la segunda. En opinión de este autor, el derecho económico internacional es derecho de tratados, y ese derecho tiene el potencial de impactar negativamente la legitimidad nacional, si se entiende esa legitimidad en términos de soberanía democrática efectiva. Y es que, aunque la soberanía democrática se respeta formalmente, el contenido de las reglas es determinado en negociaciones intergubernamentales de acuerdo con procedimientos diplomáticos tradicionales, en los cuales el discurso público abierto que podría influir las reglas (discurso que es un elemento esencial de la legitimidad democrática), se limita severamente. Para el referido autor, la autonomía de las élites burocráticas gubernamentales en el proceso de suscripción de tratados es más grande que en el proceso político nacional. Y esto es particularmente cierto en la OMC: una de las organizaciones con más secrecía en el mundo.⁴⁴¹

Pero el problema más grave observado por Von Bogdandy se da en el efecto que el derecho de la OMC tiene sobre la relación del derecho positivo doméstico con la legislatura y la responsabilidad de esta última respecto de ese derecho:

el derecho es creado por una legislatura o es por lo menos —en caso del *common law* o del derecho creado por los jueces— bajo su responsabilidad debido a la competencia de la legislatura para intervenir en un momento dado, cam-

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 207.

⁴⁴¹ Bogdandy, Armin von, “Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization”, en Griller, Stefan (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns, New Challenges for the International Legal Order*, New York, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria), Publication Series, vol. 5, Springer Wien, 2003, pp. 105 y 106.

biando o derogando una regla que un proceso de adjudicación autónomo ha desarrollado. Esta positividad del derecho es un aspecto importante de la soberanía democrática de una comunidad política: en sociedades democráticas, la mayoría generalmente concebida como un sujeto unitario organizada por medio de un gobierno elegido, puede en cualquier momento intervenir en el cuerpo del derecho y cambiarlo.⁴⁴²

Pero el derecho de la OMC mina esta positividad del derecho en el siguiente sentido: una vez que un tratado entra en vigor, la posibilidad de influir en sus reglas es restringido severamente —no normativamente, pero en todo sentido práctico—:

A pesar de que la legislación internacional respeta el principio democrático en la medida en que los tratados son negociados y concluidos por gobiernos democráticamente elegidos, incluso, en la mayoría de los casos con el consentimiento del parlamento, modifica totalmente la relación entre derecho y política. Al ratificar el derecho de la OMC la mayoría del momento en la comunidad política pone su decisión en buena medida fuera del alcance de cualquier nueva mayoría. Ciertamente, la autonomía democrática de la nueva mayoría es preservada en alguna medida a través del derecho de retiro, Art. XV OMC. Sin embargo, este derecho apoya la legitimidad democrática de la OMC tanto como el derecho del individuo de emigrar lo hace de la legitimidad democrática de un Estado. No puede ser considerado como suficiente, pues no es una opción realista.⁴⁴³

Por otro lado, observa Von Bogdandy que el mecanismo de adjudicación de la OMC es un procedimiento generador de derecho. Es decir, aparte del derecho sustantivo que tiene su base en los convenios de la OMC existe un cuerpo de normas que se está desarrollando autónomamente a través del procedimiento de arreglo de disputas. Sin embargo:

En sistemas jurídicos altamente desarrollados, la función creativa de los jueces está democráticamente incrustada ya que el legislador puede intervenir en cualquier momento. Esta posibilidad de intervención conlleva responsabilidad política y, consecuentemente, legitimidad democrática por esos desarrollos. Como se señaló, tal legislador no existe para el derecho de la OMC.⁴⁴⁴

Como resultado de lo anterior —señala Bogdandy— hay un cuerpo de derecho que está ligado al proceso político solamente por procedimientos

⁴⁴² *Ibidem*, pp. 106 y 107.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 111.

extremadamente incómodos, y una vez ratificados, las normas derivadas de esos instrumentos son de difícil corrección por parte del proceso político doméstico, con base en la voluntad de la mayoría de los ciudadanos dentro del Estado:

Debido a todos estos elementos, el derecho de la OMC tiene severas consecuencias en la habilidad de los procedimientos legislativos domésticos para generar legitimidad. Esto implica que la legitimidad del derecho de la OMC en sí misma queda cuestionada. ¿Cómo puede la ciencia jurídica responder a este reto?⁴⁴⁵

D. *Examen del debate*

En primer lugar, no considero que pueda darse una transferencia del discurso constitucional de los derechos humanos al ámbito del derecho comercial internacional como lo propone Petersmann. Los derechos humanos pertenecen a una raíz y tradición distinta al tipo de derechos contemplados en los acuerdos de la OMC y sus anexos. Se trata, en el caso de los derechos humanos, de una raíz y tradición elaborada a lo largo de siglos, que tiene por base el concepto de dignidad humana como inherente a toda persona. Dicho concepto irradia, por así decirlo, una serie de protecciones jurídicas frente al abuso del poder político (y según tendencias más recientes también del poder privado),⁴⁴⁶ así como frente a la opresión proveniente de condiciones sociales, económicas y culturales que afectan a los individuos.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 113.

⁴⁴⁶ Recuérdese el concepto de *Drittwirkung*, “eficacia frente a terceros” o “efectos horizontales” de los derechos humanos.

⁴⁴⁷ En el contexto de otro debate, Cotterrell ha identificado también las lógicas distintas de la globalización económica y de los derechos humanos. Así, ha afirmado que la globalización económica sirve primariamente objetivos instrumentales, en donde la autoridad persuasiva en favor de la unificación o armonización del derecho es una mayor eficiencia en asuntos comerciales y otros relacionados con esta materia. En contraste, la universalización de los derechos humanos es un tema que involucra la exportación, recepción o trasplante de valores o creencias fundamentales, en forma jurídica. “These values can be variously interpreted, or confronted by opposing values, in certain settings. Hence the drive for universalism, seeking similarity in human rights jurisdictions, is challenged by so-called cultural relativism that demands the appreciation of difference. Nonetheless, the drive for legal uniformity is very strong given that the universality of the values to be represented in human rights law is powerfully championed. So, respect for human rights is said to be ‘the only regulative principle of state organization which unites every country, race and creed in the world... the ideology at the ‘end of history’”. Cotterrell, Roger, “Seeking Similarity, Appreciating Difference: Comparative Law and Communities”, en Harding, Andrew y Örüçü, Esin (eds.), *Comparative*

Lo que Petersmann indistintamente denomina ‘derechos económicos’, ‘libertades económicas’, en un pretendido ‘constitucionalismo del libre comercio’,⁴⁴⁸ en realidad no forma parte del proyecto de los derechos humanos como trata de hacerlo aparecer el referido autor. Lo que sucede, como sugiere Alston, es que Petersmann toma el discurso de los derechos humanos para defender una agenda liberal de corte hayekano.⁴⁴⁹ Se trata de una operación discursiva que busca arropar una teoría y política económica específicas con el manto y la autoridad moral de la tradición de los derechos humanos como ha sido desarrollada por el constitucionalismo moderno. En efecto, en los trabajos de Petersmann es posible identificar un presupuesto, un punto de partida, considerado como algo dado, autoevidente, indiscutible, como ‘sabido por todos’, que no es sino la propuesta básica de la teoría económica clásica de la ‘mano invisible’, la potencia de las libres fuerzas del mercado para generar y distribuir riqueza y bienestar en una sociedad. Petersmann no discute este paradigma ni hace referencia alguna a la discusión que sobre el mismo existe entre los economistas. Simplemente lo da por sentado y a partir de ahí construye su discurso.

Sin embargo, hay una suerte de manipulación semántica, consciente o inconscientemente dirigida a formar una representación mental que haga ver al derecho comercial internacional fundamentalmente asociado a, y como consecuencia natural de, la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos. En el fondo, se trata de un ejercicio de persuasión destinado a influir normas y valores, que son usadas para evaluar situaciones, personas y actividades, e, incluso, para legitimarlas.⁴⁵⁰

Esta práctica discursiva enfatiza los valores positivos de la ‘libertad’ y los ‘derechos’, con toda la credibilidad y superioridad moral que estos conceptos conllevan, con su alcance universal y naturaleza indivisible, y le asocia a una concepción de política económica particular, presentándolo como en beneficio de todos los individuos de una sociedad. La transposición dis-

Law in the 21st Century, Reino Unido, Institute of Advanced Legal Studies, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 45 y 46.

⁴⁴⁸ Así lo denomina Howse, en Howse, Robert, “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, Jean Monnet Working Paper, núm. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, NYU, School of Law, New York, 2002, p. 2.

⁴⁴⁹ Alston, Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 815-844.

⁴⁵⁰ Dijk, Teun van, “Discurso y Manipulación: Discusión Teórica y algunas aplicaciones”, *Revista Signos*, vol. 39, núm. 60, 2006, pp. 49-74 (versión on-line ISSN 0718-0934) en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09342006000100003&script=sci_arttext.

cursiva de Petersmann busca afirmar que así como los derechos humanos contemplados en las Constituciones nacionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos protegen a todos los individuos, los derechos contemplados en los acuerdos de la OMC también nos protegen a todos. Y todos somos beneficiarios de considerar a estos últimos como de igual naturaleza y características que los primeros.⁴⁵¹

Ahora bien, considerado desde una perspectiva más general, la formulación de Petersmann ilustra lo que Anderson ha denominado la ‘política de la definición’,⁴⁵² es decir, la lucha de fuerzas que se da en y en torno al discurso del constitucionalismo de los derechos. En esa lucha, cuya comprensión nos obliga a tomar como punto de partida el reconocimiento de la dimensión retórica del discurso jurídico, se busca presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política.⁴⁵³ En última instancia, lo que Petersmann hace es proponer una nueva política de la definición que otorgue un poderoso apoyo simbólico a la idea de que la libertad de comercio a nivel transnacional, la no discriminación, la libertad de

⁴⁵¹ La operación de Petersman parece corresponder a lo que Walker ha denominado, al examinar las críticas que se hacen al constitucionalismo en el contexto de la globalización, la “explotación ideológica” del constitucionalismo: el constitucionalismo cumple un papel ideológico; muchos actores envuelven sus intereses, ideas y aspiraciones en un ropaje constitucional, no por compromiso real con ciertos estándares normativos o valores, sino por la autoridad simbólica que buscan en ellos. Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 318 y 319.

⁴⁵² Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 13 y 14.

⁴⁵³ La preocupación de Anderson está dirigida a lograr la rendición de cuentas constitucional del poder privado, lo cual requiere una nueva política de la definición para modificar el paradigma constitucional vigente: “El premio aquí es presentar como un postulado analítico lo que en realidad es una pretensión política, por ejemplo, que el derecho está identificado exclusivamente con el Estado. La política de la definición que prevalece así, privilegia ciertos modos de análisis como de sentido común. En esta perspectiva, las bases epistemológicas no proveen una base neutral dentro de la cual los debates constitucionales pueden tener lugar, sino que son ellos mismos un importante factor que afecta nuestra comprensión de la relación entre el constitucionalismo de los derechos y el poder privado. La política de la definición liberal legalista del constitucionalismo de los derechos está fundada en la distinción central en la teoría liberal entre el estado —que por sí solo es visto como el que potencialmente ejerce poder político opresivo— y el naturalmente libre ámbito de la sociedad civil. Esta distinción justifica la preocupación histórica del constitucionalismo con el poder público, y ha servido a intereses hegemónicos muy bien en el pasado, por ejemplo, al tratar a poderosos actores como las corporaciones como personas jurídicas privadas, con derecho al beneficio, pero no obligadas a llevar la carga, de los derechos constitucionales. Asimismo, ellas continúan informando la práctica moderna que, según la evidencia disponible, sugiere que todavía se ve en términos de procesar demandas de libertades negativas contra el Estado”. *Idem*.

competencia económica, el derecho de propiedad, son derechos humanos de la misma naturaleza y características que los derechos humanos contemplados en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, o en los instrumentos regionales (europeo y americano) de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la pretendida igualdad entre unos y otros derechos propuesta por Petersmann comienza a romperse si de un análisis discursivo pasamos a uno de corte empírico. Y aquí, la pregunta esencial (ya planteada por Howse) es: ¿en nombre de quién y de qué se invocan y se fusionan los discursos de derechos humanos, libre comercio y constitucionalismo?⁴⁵⁴ Y la pregunta es muy relevante, porque el actor, el protagonista principal del esquema de la OMC no es la persona humana en cuanto tal. No lo es el individuo, todas y todos, como portador de una dignidad de la que irradian derechos que oponer frente a los poderosos. El protagonista central del sistema de la OMC son las empresas y, de manera más específica, las grandes empresas que ejercen actividades de comercio a nivel transnacional. Ello ha quedado demostrado a través de diversos estudios que se han venido haciendo para identificar cómo opera el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y quiénes son los actores que en él intervienen.

Para explicar lo anterior, comencemos por recordar que entre las funciones principales de la OMC están las de administrar los acuerdos comerciales de la OMC; servir de foro para negociaciones comerciales; ayudar a que el comercio se desenvuelva sin obstáculos, conforme a un sistema reglamentado; resolver las controversias comerciales entre los gobiernos; organizar negociaciones comerciales; reducir el proteccionismo y las barreras arancelarias. En este esquema, los Estados miembros se comprometen a ajustar su derecho interno a la normativa derivada del Acuerdo de Marrakesh y sus anexos, y a no adoptar medidas (leyes, reglamentos, procedimientos administrativos) que contravengan los estándares del referido organismo intergubernamental.⁴⁵⁵

Asimismo, en caso de que un Estado miembro considere que existen leyes, reglamentos o procedimientos administrativos de otro Estado miembro, que violan los estándares de la OMC (por ejemplo, que significan barreras

⁴⁵⁴ Howse, Robert, "Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann", Jean Monnet Working Paper, No. 12/02, Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange, NYU, School of Law, New York, 2002, p. 2.

⁴⁵⁵ Artículo XVI-4 del Acuerdo de Marrakesh: "4. Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos".

arancelarias o tratos discriminatorios no justificados), puede acudir al procedimiento de solución de disputas, que inicia con consultas entre los Estados involucrados, y que de ahí puede pasar a la decisión del Estado afectado de solicitar la activación de un panel, cuya decisión eventualmente puede ser revisada, en última instancia, por el Órgano de Apelación de la OMC, tal y como lo hemos explicado arriba.⁴⁵⁶

Habiendo recordado lo anterior, queda claro que quien tiene legitimación activa para intervenir en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC son los Estados miembros. Actores privados, sea individuos o empresas, no tienen tal atribución, al no existir ni estar reconocido de manera alguna el ‘efecto directo’ del derecho de la OMC, que pudiera ser invocado por actores privados ante los tribunales nacionales. Se trata, pues, de un procedimiento intergubernamental, y los Estados tienen la facultad discrecional de decidir si activan o no ese procedimiento.

En contraste, y frente a lo anterior, se encuentra el hecho real de que el comercio internacional es principalmente interempresarial, realizado entre operadores privados (con la excepción del comercio entre Estados).⁴⁵⁷ Sin embargo, esto no significa que en el litigio en el marco de la OMC los actores privados no tengan cabida alguna. De hecho, se ha demostrado que las empresas con actividad internacional con frecuencia cabildean ante sus Estados de origen y/o a los Estados de recepción de inversión para que presenten demandas contra las medidas de otros Estados en el marco de la OMC.⁴⁵⁸

En efecto, como ha señalado Shaffer, el derecho de la OMC, si bien es formalmente un dominio del derecho internacional *público*, beneficia y perjudica a partes *privadas*. Y no a cualquier privado, habría que aclarar, puesto que son los actores mejor conectados, con más recursos, y mejor organizados, quienes con más intensidad y eficacia usan el sistema jurídico de la OMC para hacer avanzar sus intereses comerciales.⁴⁵⁹

Shaffer evalúa cómo es que las empresas privadas colaboran con las autoridades gubernamentales (su ámbito de estudio se centra en los Estados

⁴⁵⁶ Véase capítulo VI.4.C.

⁴⁵⁷ Zapatero, Pablo, “Participación pública y privada en los litigios de la OMC”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 16, 2008, p. 3.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

⁴⁵⁹ “Un derecho público de la OMC más efectivo incita las estrategias legales privadas de EU y de Europa, que a su vez producen más derecho público de la OMC. El derecho de la OMC de esta manera se convierte en derecho ‘más duro’ a través del cual actores privados ejercen influencia en la sombra”. Shaffer, Gregory C., *Defending Interests, Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Washington, Brookings Institution Press, 2003, p. 3.

Unidos y en la Unión Europea) para impugnar las barreras al comercio ante el sistema jurídico de la OMC y en su sombra. En este sentido, afirma:

La creciente interacción entre empresas privadas, sus abogados, y servidores públicos de los EU y Europeos en presentar la mayoría de las demandas comerciales refleja una tendencia de una toma de decisiones predominantemente intergubernamental, hacia estrategias de litigio privado multinivel que abarca intercambios público-privados en los niveles nacional e internacional. Dadas las reglas de liberalización del comercio de la OMC, esta tendencia tiene una mirada hacia afuera, orientación hacia la promoción de las exportaciones, conformada por retos más sistemáticos, con frecuencia por los intereses comerciales más grandes y mejor organizados, contra las barreras extranjeras al comercio. Las disputas comerciales internacionales no son, en consecuencia, puramente públicas o intergubernamentales. Ni reflejan, sin embargo, una simple cooptación por las empresas, particularmente las grandes y bien organizadas, de los servidores públicos. Más bien, implican la formación de asociaciones público-privadas para buscar objetivos variados pero complementarios.⁴⁶⁰

Y lo mismo observa Zapatero, quien sostiene que en términos técnicos y formales, los procesos del mecanismo de solución de diferencias son interestatales (son los Estados los que deciden sobre qué se demanda y cómo se defiende el interés general en el marco de los procedimientos). Ello, no obstante, observa también importantes fenómenos de ‘participación indirecta no estatal’, con diferente peso a la hora de orientar la “voluntad autónoma estatal”. Así, sostiene Zapatero que la práctica muestra que ciertos actores tienen mayor peso informal sobre la decisión estatal de activar o no los procedimientos (en donde el tamaño de las empresas y el volumen del comercio involucrado son factores importantes). Y esos actores son los grandes operadores privados.⁴⁶¹

Finalmente, Bown observa que a pesar de que las reglas y procedimientos básicos del mecanismo de resolución de diferencias en el OMC son las mismas para todos los miembros, existe un sesgo en cuanto a la participación en el sistema. Esto es así, en razón de que el esquema exige que los países tengan muchos recursos para monitorear y reconocer violaciones relevantes a la OMC y para pagar los procedimientos jurídicos en casos en los que sus derechos se hayan violado. Además, la naturaleza autoaplicativa del sistema

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁶¹ El mecanismo ha creado, por tanto, un nuevo nivel de juego para los grandes operadores privados a través de la representación/intermediación estatal. Zapatero, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

exige que los países demandantes tengan capacidad de establecer represalias comerciales para amenazar con la imposición de costos económicos a los demandados si no cumplen con las decisiones de los paneles de la OMC. Asimismo, la participación en los procedimientos puede ser inhibida por la existencia de relaciones políticas especiales, ya sea dependencia de asistencia o trato comercial preferencial. Si estos y otros incentivos afectan la conducta en cuanto al litigio, los países pobres, poco poderosos, pueden no participar en las actividades de resolución de diferencias, que son de interés vital para sus intereses comerciales. Así, a pesar de que todos los miembros de la OMC tienen igual acceso al sistema en principio, el uso de las disposiciones de resolución de diferencias puede reflejar un sesgo institucional; esto es, que los países pobres o poco poderosos miembros no participen por los incentivos generados por las reglas y procedimientos de la OMC.⁴⁶²

En su análisis empírico sobre los factores que influyen la decisión de litigar o no en el esquema de la OMC, Bown concluye que

La evidencia formal indica que a pesar del acceso al mercado de los intereses en una disputa, un país exportador es menos proclive a participar en el litigio de la OMC si tiene inadecuado poder de represalia comercial, si es pobre y si no tiene capacidad de absorber costos legales sustanciales, si es particularmente dependiente del país demandado en cuanto a asistencia bilateral, o si está involucrado con el demandado en un acuerdo de comercio preferencial. Estas son características típicas asociadas con economías en desarrollo en la membresía de la OMC.⁴⁶³

El esquema de la OMC ha sido diseñado como un instrumento que en última instancia tiene como beneficiarias a las empresas que tienen actividades comerciales internacionales. En ese esquema, los Estados juegan un doble papel. Por un lado, como obligados a ajustar su derecho interno a los estándares establecidos por los instrumentos normativos de la organización; por otro lado, como demandantes en caso de que algún Estado miembro viole dichos instrumentos normativos de alguna manera. En este último caso los Estados actúan como representantes de los intereses comerciales afectados dentro de su jurisdicción, bajo el presupuesto de que en la defensa de esos intereses particulares existe un interés público (empresas sanas, expansión económica y comercial, mayor empleo a nivel nacional). Se generan de esta manera complejas y sofisticadas estrategias público-privadas

⁴⁶² Bown, Chad P., "Participation in WTO Dispute Settlement: Complaints, Interested Parties, and Free Riders", *The World Bank Economic Review*, vol. 19, núm. 2, 2005, pp. 287 y 288.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 308.

multinivel, en las que, como bien observa Zapatero, se da la paradoja de que las demandas que promueven las empresas de un Estado tienen como objetivo la retirada de leyes y medidas administrativas que han sido adoptadas, con frecuencia, por influencia del cabildeo empresarial de otro Estado (tales como medidas proteccionistas en favor de la industria doméstica). En un escenario como este, los grandes operadores privados (empresas multinacionales) pueden llegar a bloquear, derogar, modificar o promover leyes y medidas internas de forma indirecta si consiguen que un Estado presente una demanda ante la OMC.⁴⁶⁴

En suma, no criticamos que las empresas tengan un marco regulatorio internacional al cual recurrir para garantizar un trato no discriminatorio y protección a sus propiedades. Nuestro objeto de crítica es que se pretenda arropar a dicho marco regulatorio con el manto de la tradición del constitucionalismo de los derechos humanos como lo pretende hacer Petersmann. En esta tradición, el sujeto protegido es el ser humano, portador de una dignidad que le es propia y los derechos que de ella derivan; en la tradición del derecho comercial internacional, el sujeto protegido son las empresas y sus (legítimos) intereses económicos y ánimo de generar ganancias.

Y algo parecido podríamos afirmar en relación con la visión de Cass, que si bien más cautelosa y moderada que la de Petersmann, hace planteamientos parecidos, aunque desde una perspectiva procedimental. Pero reiteramos: en nuestra opinión, no es suficiente encontrar un parecido entre el discurso del constitucionalismo de los derechos humanos y la argumentación jurídica que se da a nivel de los mecanismos de resolución de disputas de la OMC, para a partir de ello derivar la idea de la ‘constitucionalización’ del derecho comercial internacional. Esta operación se fija en lo superficial, y no en las condiciones y elementos profundos que caracterizan al constitucionalismo, como se ha venido desarrollando por lo menos desde la Ilustración hasta nuestros días.

A nivel lingüístico, la operación de Petersmann y Cass pareciera recurrir a un *eulogismo*, es decir, un término con una carga afectiva, emotiva y/o ética positiva, para caracterizar y calificar a otros términos, de forma tal que participen de tal carga positiva. Y a nivel teórico constitucional, bien podríamos estar ante una versión de lo que Pedro de Vega ha denominado

⁴⁶⁴ “Este complejo juego político entre empresas transnacionalizadas y funcionarios/políticos profesionales de la países desarrollados sortea de forma evidente a la ciudadanía. Por ello son tan importantes las cuestiones de participación pública (versus *privada*) en estos procedimientos; para evitar que los Estados operen como meros apoderados (o *proxies*) de los tenedores de capital organizados tras la forma corporativa transnacional”. Zapatero, *op. cit.*, pp. 9-12.

la ‘ideología de la Constitución’, que es diferente a la ‘ideología del constitucionalismo’.

En efecto, para este autor, la ‘ideología del constitucionalismo’ presupone una concepción de la Constitución, que integra los supuestos históricos y valorativos entre los cuales se encuentran el valor de la libertad, pero también el principio democrático. Para De Vega, el gran mérito del iusnaturalismo constructualista fue haber sabido conjugar debidamente la idea democrática y la idea liberal, en el entendido de que si bien sin libertad no cabe hablar de democracia, sin democracia —como supuesto estructural y político de la libertad— no cabe hablar de libertad:

Nos enfrentamos, no obstante, ahora ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública. Pero se trata de una Constitución alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería encontrar su fundamentación, como consecuencia del debilitamiento del principio democrático, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia. Es desde esta óptica desde la que habría que interpretar y comprender como manifestación más significativa del Constitucionalismo actual la expresión *ideología de la Constitución*.⁴⁶⁵

Ahora bien, el hecho de que no estemos de acuerdo con la idea del carácter constitucional del esquema de la OMC, como lo plantean Petersmann y Cass, no significa que la pertenencia de un Estado a este esquema no tiene implicaciones constitucionales. La circunstancia de que un Estado tenga que modificar porciones importantes de su derecho interno para ajustarlo a los estándares de la OMC no puede pasar desapercibida desde una perspectiva constitucional.

México ingresó al GATT en 1986, y es miembro de la OMC desde el 1o. de enero de 1995. Hasta la fecha, México ha sido parte en 35 disputas en el marco del mecanismo de resolución de diferencias de la OMC, en 21 ocasiones en calidad de reclamante y en 14 como demandado. Pero más allá de estos litigios, resulta pertinente aludir a los ajustes que el gobierno de México ha realizado al sistema jurídico doméstico, en función del esquema normativo de la OMC. Los ajustes se han reflejado en cambios legislativos en áreas como la de aranceles, procedimientos aduaneros, nor-

⁴⁶⁵ Vega, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, pp. 190-193.

mas, inversión extranjera, propiedad intelectual, competencia económica, mejora regulatoria, y compras del sector público, regulación del sector financiero, subsidios, política fiscal, entre otros. Ello es evidente a partir de lo que el propio gobierno mexicano establece en sus informes periódicos ante la Secretaría de la OMC. Por ejemplo, el documento llamado “Examen de las políticas comerciales, Informe de México”, del 7 de enero de 2008, producido por el gobierno mexicano de conformidad con el Acuerdo por el que se Establece el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (anexo 3 del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio). En ese documento, el gobierno mexicano expone puntualmente ante la OMC cuáles han sido las políticas del país diseñadas y ejecutadas de conformidad con los estándares de la OMC.⁴⁶⁶

Por su parte, la Secretaría de la OMC también elabora un documento en el que periódicamente se hace un recuento y/o evaluación de las de reformas legislativas y reglamentarias promovidas por el gobierno mexicano, en cumplimiento con los acuerdos de la OMC. Por ejemplo, en la última evaluación se mencionaron las reformas realizadas en tiempos recientes en el sector financiero, así como en relación con las NOM. Asimismo, se recomendó la realización de una reforma estructural más completa, la cual “contribuiría a reducir los cuellos de botella en esferas como la energía, las telecomunicaciones y el transporte”.⁴⁶⁷

La Constitución establece que el Estado debe tener a su cargo la explotación de los hidrocarburos y la generación y distribución de energía eléctrica al público. Una pesada carga fiscal y las subvenciones al consumo han determinado que tanto la empresa petrolera estatal, PEMEX, como las empresas estatales del sector de la electricidad tropezaran con importantes dificultades para la financiación de las inversiones necesarias. Parecería esencial, por consiguiente, llevar a cabo reformas estructurales que aseguren su viabilidad financiera, aumenten su eficiencia y permitan un mejor aprovechamiento de los recursos energéticos de México.⁴⁶⁸

Como puede apreciarse, el ingreso de México a la OMC ha implicado la realización de importantes cambios normativos, por lo menos a nivel

⁴⁶⁶ El documento (WT/TPR/G/195) se puede consultar en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/g195_s.doc.

⁴⁶⁷ Documento Examen de las Políticas Comerciales, Informe de la Secretaría, México, del 7 de enero de 2009 (WT/TPR/S/195) generado por el Órgano de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC, p. vii. Se puede consultar en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/s195-00_s.doc. El documento pide aclaraciones a México sobre sus políticas y prácticas comerciales, además de hacer recomendaciones.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. X.

legislativo. Esto, de suyo, merece una lectura desde una perspectiva constitucional. Pero además, resulta claro que los cambios en algún momento podrían alcanzar el texto mismo de la Constitución, como se desprende de algunas de las recomendaciones de la Secretaría de la OMC arriba mencionadas. De darse esta situación, tendríamos que reconocer a la OMC como un actor relevante del proceso constitucional mexicano, lo cual no encaja con concepciones tradicionales descriptivas y prescriptivas, acerca del origen que tienen y debieran tener las normas constitucionales.

V. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN

Suscrito por los gobiernos de México, Estados Unidos de América y Canadá, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entró en vigor el 1o. de enero de 1994. Sus objetivos principales fueron, como lo son: la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la protección de la propiedad intelectual; el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias, así como el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral.

El TLCAN consta de diecinueve capítulos, el último de los cuales versa sobre “Revisión y solución de controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias”.⁴⁶⁹ En el presente apartado examinaremos este capítulo, con objeto de resaltar algunos problemas que se suscitan en la operación de los mecanismos que prevé, desde una perspectiva constitucional. Cabe observar que aunque los laudos de los tribunales arbitrales del TLCAN no tienen valor como precedente obligatorio y vinculante, en la práctica los tribunales toman en consideración las decisiones e interpretaciones previas.⁴⁷⁰ Por ello, su análisis resulta indispensable para tener una idea integral de

⁴⁶⁹ Gantz señala que los tribunales nacionales no tienen competencia efectiva para conocer de la mayor parte de las disputas entre individuos y gobiernos extranjeros o entre gobiernos, debido a la doctrina de la inmunidad soberana, la doctrina del acto de Estado, conceptos de cortesía (*comity*) y otras barreras jurídicas. Por ello, los negociadores del TLCAN pensaron en crear un mecanismo para resolver disputas de este género. Gantz, David, “Resolution of Trade Disputes Under NAFTA’s Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico”, *Law and Policy in International Business*, vol. 29, núm. 3, 1998, pp. 301 y 302.

⁴⁷⁰ Strazzeri, Joseph A., “A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations Under NAFTA Chapter Eleven”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, verano 2002, p. 846.

cómo funcionan en el presente, y cómo habrán de funcionar y decidir casos en el futuro.

Para comenzar nuestro análisis, debemos recordar que ante las denominadas “prácticas desleales de comercio” (*dumping* o subsidios) por parte de los productores o las autoridades de un país parte del TLCAN, que distorsionan los resultados de la competencia en los mercados internacionales, la industria afectada en razón de una injusta competencia de parte del país exportador (“Daño a una rama de producción nacional”) puede solicitar ante el órgano competente de su gobierno, la imposición de alguna medida *antidumping* o derechos compensatorios. En el caso de México, ese órgano es la Secretaría de Economía (antes Secofi).⁴⁷¹ Llegado el caso, a la Secretaría le compete realizar una investigación de los productores extranjeros destinada a determinar si han realizado prácticas que constituyan *dumping*, o bien de las actividades del gobierno del país exportador, para determinar si han incurrido en subsidios o subvenciones que tengan por efecto mejorar la posición de sus productores nacionales en la competencia en los mercados internacionales. Si así fuera el caso, la Secretaría puede decretar medidas *antidumping*, bajo la forma de cuotas compensatorias, que tiendan a igualar el precio del producto con su *valor normal* o a reparar el daño causado a la producción del país importador.

Sin embargo, como las decisiones de las autoridades nacionales pueden, por diversas razones, no apearse a la letra y/o espíritu de las leyes correspondientes, en perjuicio del exportador y/o del importador, los sistemas jurídicos nacionales contemplan mecanismos domésticos de revisión para buscar que tales decisiones se revoken o modifiquen.⁴⁷² En el caso de México, los mecanismos internos están conformados, básicamente, por el recurso administrativo de revocación previsto en los artículos 94 a 98 de la Ley de Comercio Exterior; a su vez, la resolución que recae a dicho recurso puede ser impugnada ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuya resolución puede ser impugnada en amparo directo ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda (o bien ante el juez de distrito que corresponda, si es que se alega la inconstitucionalidad de la propia Ley de Comercio Exterior o de su reglamento, lo cual puede llevar el pleito en revisión hasta la sala correspondiente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

⁴⁷¹ El procedimiento también puede iniciar de oficio, en circunstancias especiales, a juicio de la Secretaría de Economía, en los términos del artículo 49 de la Ley de Comercio Exterior.

⁴⁷² Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC. Controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, Porrúa, 2002, pp. 11 y ss.

Ahora bien, el artículo 1904 del TLCAN establece un mecanismo alternativo de revisión de las decisiones dictadas por las autoridades nacionales en casos de las prácticas desleales de comercio. El mecanismo, diseñado de manera análoga al establecido en el preexistente Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá, tuvo, desde la perspectiva de México, el objetivo de garantizar un acceso seguro al mercado estadounidense mediante el establecimiento de mecanismos objetivos, claros y justos para dirimir conflictos.⁴⁷³ De esta manera, el primer párrafo de dicho artículo (relativo a la revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias) establece que: “1. Según se dispone en este artículo, cada una de las partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional”.

Para tener una idea más precisa acerca de lo que significa este mecanismo, debemos hacer referencia a algunas disposiciones del TLCAN, que lo regulan. Así, el párrafo 2 del artículo 1904 establece que una parte implicada podrá solicitar que el panel revise, “con base al expediente administrativo”,⁴⁷⁴ una “resolución definitiva”⁴⁷⁵ sobre cuotas *antidumping* y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las “disposiciones jurídicas” en materia de cuotas *antidumping* y

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁷⁴ El artículo 1911 del TLCAN expediente administrativo significa, “a menos que las Partes y otras personas que comparezcan ante un panel acuerden otra cosa: (a) toda la información documental o de otra índole que se presente a la autoridad investigadora competente, o ésta obtenga, en el curso de un procedimiento administrativo, incluidos cualesquiera comunicaciones gubernamentales relacionadas con el caso, así como cualquier acta de las reuniones con una sola de las partes interesadas que se requiera conservar; (b) una copia de la resolución definitiva de la autoridad investigadora competente, que incluya la fundamentación y motivación de la misma; (c) todas las transcripciones o actas de las reuniones o audiencias ante la autoridad investigadora competente; y (d) todos los avisos publicados en el diario oficial de la Parte importadora en relación con el procedimiento administrativo”.

⁴⁷⁵ El anexo 1911 del TLCAN establece que en el caso de México, se entiende por resolución definitiva: “(i) una resolución definitiva respecto a las investigaciones en materia de cuotas *antidumping* o compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial conforme al Artículo 13 de la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, con sus reformas; (ii) una resolución definitiva respecto a la revisión administrativa anual de la resolución definitiva respecto a cuotas *antidumping* o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, como se señala en su lista del Anexo 1904.15, inciso (o); y (iii) una resolución definitiva dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en una resolución existente sobre cuotas *antidumping* o compensatorias”.

compensatorias de la parte importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias consisten en “leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente”.⁴⁷⁶

Por su parte, el párrafo 3 del mismo artículo establece que el panel aplicará los “criterios de revisión” señalados en el anexo 1911 del TLCAN y los principios generales de derecho, que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.

Para México, el anexo 1911 del TLCAN establece que el criterio de revisión será el “...establecido en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente”.⁴⁷⁷

Ahora bien, el texto del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación era el siguiente:

Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

⁴⁷⁶ Artículo 1904.2 del TLCAN.

⁴⁷⁷ “(a) en el caso de Canadá, las causales establecidas en la Sección 18.1 (4) de la *Federal Court Act*, con sus reformas, respecto a toda resolución definitiva;

(b) en el caso de Estados Unidos,

(i) el criterio establecido en la Sección 516A (b) (1) (B) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, excepto la resolución a que se refiere al subinciso (ii), y

(ii) el criterio establecido en la Sección 516A (b) (1) (A) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, respecto a una resolución que dicte la *U. S. International Commission* en el sentido de no iniciar la revisión conforme a la Sección 751 (b) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas”.

El Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución. Los órganos arbitrales o paneles binacionales, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.

Hacemos referencia al artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, debido a que es el que fue considerado para decidir los primeros casos resueltos en el marco del mecanismo del capítulo 19 del TLCAN, a los que nos referiremos en detalle más adelante. No obstante, debemos precisar que el artículo 238 fue derogado por el artículo transitorio segundo de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo del 1o. de diciembre de 2005, a partir del 1o. enero de 2006. Ahora, los criterios de revisión aplicables se enumeran en el artículo 51 de esta última ley.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ Artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo: “Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Para los efectos de lo dispuesto por las fracciones II y III del presente artículo, se considera que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada, entre otros, los vicios siguientes:

a) Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.

b) Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.

c) Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.

d) Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos, informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre

Por su parte, el artículo 1911 del TLCAN aclara que el término “principios generales de derecho” incluye “principios tales como legitimación del interés jurídico, debido proceso, reglas de interpretación de la ley, cuestiones sin validez legal y agotamiento de los recursos administrativos”. En suma, lo que este y anterior párrafos significan, es que los paneles de capítulo XIX del TLCAN son órganos de adjudicación internacional, pero que deciden casos aplicando el derecho doméstico del país correspondiente (incluyendo normas, principios y estándares de revisión judicial internos).⁴⁷⁹

Asimismo, el artículo 1904.9 del TLCAN establece que el fallo de un panel en los términos del mecanismo aquí examinado “será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al panel”. Mientras que el artículo 1904.11 del mismo instrumento dispone que una “resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora, cuando una Parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo. Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus

y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitados.

e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsión a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.

f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.

El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

Los órganos arbitrales y de otra naturaleza, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo”.

⁴⁷⁹ Cavazos y Martínez han señalado que este ha sido el problema más importante de los paneles de capítulo XIX del TLCAN: su competencia para interpretar el derecho doméstico. “Particularmente, parece muy difícil para los panelistas extranjeros articular y aplicar un criterio de revisión con el que no están familiarizados. Ha sido un gran reto para los panelistas aplicar el derecho doméstico (incluyendo los criterios de revisión) exactamente como lo haría un tribunal doméstico”. A su vez, las diferentes interpretaciones de los criterios de revisión han llevado a diferentes niveles de deferencia respecto de la autoridad de investigación competente, lo cual ha creado inconsistencias en las decisiones de los paneles”. Cavazos, Gabriel y Martínez, Luis, “Private Parties in the NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: The Mexican Experience”, ponencia presentada en el *Tulane Latin American Law Institute*, Nueva Orleans, Louisiana, junio 26-28, 2002, p. 8, en http://egade.itesm.mx/investigacion/documentos/documentos/22egade_gabriel.pdf.

tribunales nacionales una resolución de un panel”.⁴⁸⁰ Finalmente, el artículo 1904.8 del TLCAN dispone cuáles son los alcances que puede tener la resolución del panel, que son “confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”.

No entraremos más en los detalles del procedimiento,⁴⁸¹ que por lo demás ha sido examinado de manera crítica por parte de distinguidos especialistas en derecho del comercio exterior.⁴⁸² En cambio, desarrollaremos una lectura de este mecanismo desde la perspectiva constitucional, en la

⁴⁸⁰ Si bien existe la posibilidad de establecer un comité de impugnación extraordinaria en circunstancias especiales, previsto en el anexo 1904.13, integrado por tres miembros seleccionados de una lista integrada por quince jueces, o personas que lo hayan sido, de un tribunal judicial federal de Estados Unidos o un tribunal judicial de jurisdicción superior de Canadá o de un tribunal judicial federal de México.

⁴⁸¹ Pero no podemos por lo menos mencionar que los tres países parte del TLCAN se comprometieron a realizar varias reformas, a efecto de alcanzar los objetivos del artículo 1904. Las reformas se encuentran enlistadas en el artículo 1904.15 del TLCAN. Para el caso de México, la lista de reformas se refiere a la modificación de sus leyes y reglamentos en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, y otras leyes y reglamentos en la medida en que sean aplicables a la operación de las disposiciones jurídicas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias. Las modificaciones incluyen deberes de las autoridades mexicanas de dar acceso inmediato a la revisión de resoluciones definitivas ante los paneles nacionales; transparencia, acceso a la información dentro de los procedimientos de investigación, deberes de dar razones y fundamentos legales respecto de las resoluciones definitivas, entre muchas otras. Tenemos aquí un claro ejemplo de cómo un compromiso internacional fuerza cambios importantes en el sistema jurídico mexicano, a nivel legal. Cabe señalar que algunos autores han cuestionado el impacto real del TLCAN en la reforma legal en México. En este sentido, López Ayllón ha señalado que: “Algunos autores han identificado los cambios a la legislación como una consecuencia directa del TLCAN. Creemos que este punto de vista no es del todo exacto. Veamos por qué. Si bien es cierto que este instrumento jugó un papel articulador de muchas de las modificaciones legislativas, en realidad, los cambios en la legislación eran necesarios para implementar la política de apertura económica y comercial, con o sin TLCAN. La atención pública que capturó el Tratado oscureció el hecho de que muchos de los cambios fueron hechos antes de su negociación (véase los anexos 2 y 3). Otras debieron esperar su firma por razones de estrategia política o de negociación. En este sentido, la agenda legislativa quedó relativamente dependiente del Tratado, aunque no por razones de contenido”. López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, 1997, pp. 203-208.

⁴⁸² Véase por ejemplo, Cruz Miramontes, *op. cit.*; Cruz Miramontes Rodolfo y Cruz Barney, Óscar “Diez años del capítulo XIX del TLCAN”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evolución jurídica: diez años después*, México, UNAM, 2005, pp. 291-337; Giesze, Craig R., “La revisión y la solución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias a la luz del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, México, UNAM, pp. 117-149; Patiño Manffer, Ruperto, “El procedimiento de revisión judicial establecido en el artículo 1904 del TLCAN”, en Quinta-

medida en que tiene una serie de efectos relevantes sobre el sistema jurídico mexicano. Estamos, a manera de recapitulación, ante un mecanismo de reemplazo de la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas por parte de los paneles binacionales (integrados por personas físicas privadas, la mayoría de los cuales pueden ser no mexicanos, en los casos de revisión de actos administrativos de autoridades mexicanas);⁴⁸³ reemplazo que busca la revisión de actos administrativos de autoridades mexicanas (y en su caso, por supuesto, también de autoridades de Estados Unidos y Canadá), revisión que ha de realizarse con base en ciertos ‘criterios de revisión’ que han de servir como parámetro de control, y en que las resoluciones de los paneles son obligatorias y en principio (y por regla general) no revisables.⁴⁸⁴ Sin embargo, la comprensión de los efectos sobre el sistema jurídico mexicano solamente puede completarse a través de una referencia más o menos detallada a por lo menos dos casos que se han resuelto en el marco de los procedimientos previstos en el capítulo XIX del TLCAN, que serán examinados a continuación.

1. *Expediente MEX 94-1904-02*

A raíz de la denuncia presentada por el productor nacional Altos Hornos de México, S. A. de C. V. la Secofi inició un procedimiento administrativo de investigación el 4 de diciembre de 1992, a efecto de determinar si las importaciones de placa de acero en hoja originarias y procedentes de Estados Unidos eran realizadas en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional. El 2 de agosto de 1994 se publicó en el *DOF* la resolución definitiva del caso, en la cual se determinó la existencia de daño a la industria nacional productora de placa de acero en hoja como consecuencia directa de las importaciones de las referidas mercancías originarias y procedentes de los Estados Unidos, en condiciones de discriminación de precios. Por esta razón, la Secofi resolvió imponer cuotas compensatorias a los productos exportados por USX Corporation y a Bethlehem Steel Corporation.

A su vez, las empresas de los Estados Unidos presentaron ante la Sección Mexicana del Secretariado del TLCAN una solicitud de revisión de la

na Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. II, México, UNAM, 2006, pp. 485-521.

⁴⁸³ Los paneles se componen de cinco miembros. Cada Estado parte en una diferencia nombra dos de los cinco miembros del panel. El quinto es nombrado por acuerdo de las partes, y si no hay tal, por sorteo. Véase anexo 1901.2 del TLCAN.

⁴⁸⁴ Salvo el mecanismo de salvaguarda previsto en el artículo 1904.12 y el anexo 1904.13 del propio TLCAN.

resolución definitiva emitida por la Secofi, a raíz de lo cual quedó integrado el correspondiente panel binacional conforme al artículo 1904 del TLCAN.

En su decisión, dictada el 30 de agosto de 1995 y publicada en el *DOF* el 11 de septiembre de 1995, el panel decretó la ilegalidad de la resolución definitiva y ordenó su devolución a la Secofi para que adoptara medidas no incompatibles con la decisión del panel. Asimismo, el panel ordenó que la Secofi debería emitir una nueva resolución en la que dispondría que: 1. Las exportaciones de USX y Bethlehem de las mercancías objeto del procedimiento se podrían importar al territorio mexicano sin la aplicación de cuota compensatoria alguna, y 2. Cualquier pago o garantía por concepto de cuotas compensatorias efectuado por las empresas ante las autoridades competentes, con objeto de importar las mercancías manufacturadas por ellas, sería devuelto o cancelado según fuera el caso.

No entraremos aquí al análisis de todos los detalles técnicos contenidos en la resolución del panel binacional en este caso.⁴⁸⁵ No obstante, debemos identificar algunos de los razonamientos contenidos en la resolución por la relevancia que pueden tener para la perspectiva constitucional que aquí desarrollamos.

En este sentido, en primer lugar debemos observar que la mayoría del panel⁴⁸⁶ consideró que para el caso de México, la revisión que al panel tocaba realizar reemplazaba la revisión judicial que en su caso habría correspondido al (entonces todavía) Tribunal Fiscal de la Federación. En segundo lugar, el panel hizo notar el “descuido técnico” contenido en el artículo 1904, párrafo 2, al no hacer referencia a las constituciones de las partes como fuente principal de la ley *antidumping*:

Sin embargo, en la medida que las disposiciones constitucionales mexicanas, ya sea de manera expresa o por interpretación judicial, afecten el ámbito de la legislación *antidumping* o del mencionado criterio de revisión, este Panel considera que está obligado a tomar tales disposiciones constitucionales en consideración. Ninguna de las Partes en este proceso de revisión ha argumentado en contrario. Además, el Panel hace notar que la definición de ‘derecho interno’ del artículo 1911, para propósitos del artículo 1905 párrafo 1, impo-

⁴⁸⁵ Para este enfoque se pueden revisar los trabajos de Cruz Miramontes, *op. cit.*, pp. 173-181, y López Ayllón, Sergio, “Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Derecho Privado*, año 6, núm. 18, sept-dic, 1995, pp. 235 y ss.

⁴⁸⁶ El panel se integró con dos expertos mexicanos y tres norteamericanos. La decisión fue adoptada por mayoría de tres contra dos (la mayoría estuvo conformada por dos norteamericanos y un mexicano).

ne a este panel la obligación de aplicar la Constitución al mismo tiempo que las leyes, reglamentos y precedentes judiciales, lo que permite salvaguardar el sistema de revisión ante los paneles binacionales.⁴⁸⁷

Por lo tanto, la mayoría del panel interpretó que sus atribuciones emanadas del artículo 1904, párrafo 2, del TLCAN, en el contexto mexicano, requerían que al examinar la resolución definitiva emitida por la autoridad investigadora se estableciera si se había dictado conforme a las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, que en este caso eran: i) la Constitución; ii) el derecho de los tratados; iii) las leyes; iv) los precedentes legislativos; v) los reglamentos; vi) la práctica administrativa, y vii) los precedentes judiciales, en la misma medida en que el Tribunal Fiscal los hubiera tomado en consideración. Reconoció la mayoría del panel que estas disposiciones entre sí no tenían la misma jerarquía, pues el artículo 133 de la Constitución señalaba (como todavía señala) que la Constitución prevalecía sobre cualquier otra ley, las leyes emanadas de la Constitución y los tratados tienen similar jerarquía, en un tercer nivel se encuentran las leyes federales, que a su vez son de mayor jerarquía que los reglamentos.⁴⁸⁸ Asimismo, para la mayoría del panel, en materia de leyes federales se aplica el principio de que una ley posterior deroga a la anterior.⁴⁸⁹

El panel concluyó así que su decisión debía fundarse en las disposiciones mencionadas ‘en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente’. Por lo tanto, el panel consideró que para cumplir con lo anterior debía observar los métodos de interpretación jurídica utilizados por los tribunales locales (*v. gr.* el Tribunal Fiscal), al aplicar diversas disposiciones *antidumping*. Los paneles binacionales —sostuvo— se establecen para ‘reemplazar’ la revisión judicial de una resolución administrativa, por lo que el panel no podía resolver con fundamento en un

⁴⁸⁷ Revisión de la resolución definitiva de la investigación *antidumping* sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de América (exp. Mex: 94-1904-02), publicado en el *DOF* del 11 de septiembre de 1995, pp. 12 y 13.

⁴⁸⁸ En la época en que se emitió la decisión del panel binacional analizada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación todavía no había emitido el criterio según el cual (y cito aquí los rubros de la tesis respectivas) los “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la constitución federal” (amparo en revisión 1475/98); ni aquel otro según el cual los “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. interpretación del artículo 133 constitucional” (amparo en revisión 120/2002).

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 13.

derecho sustantivo distinto del que aplicaría un tribunal local, y tampoco podía aplicar un criterio de revisión diverso al que utilizaría un tribunal nacional.⁴⁹⁰

Asimismo, el panel binacional consideró que como criterio de revisión debía entenderse no solamente el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, sino también otras disposiciones relacionadas, como los artículos 237 y 239 del propio Código. En particular, este último era relevante, pues se refería a la posibilidad de que el TFF declarara la nulidad de la resolución impugnada. Por ello, el panel consideró que tenía competencia para aplicar las leyes mexicanas y para emitir una resolución mediante la cual instruyera a la autoridad investigadora para que modificara su resolución definitiva de tal manera que se tuviera por concluido el procedimiento.⁴⁹¹

La visión sobre el autoasumido papel constitucional del panel se puede observar con gran claridad en el siguiente párrafo:

En segundo lugar, el Panel hace notar que el Tribunal Fiscal tiene la facultad, en términos de los artículos 238, fracción I y 239 del CFF para declarar nula de pleno derecho la resolución de una dependencia, en situaciones en que los derechos fundamentales son transgredidos por la autoridad, particularmente en los casos que se encuentran incorporados en el texto de las diversas fracciones del artículo 238 del citado ordenamiento. En estos casos, los paneles binacionales necesitan contar con un recurso similar y efectivo para poder remediar dichas violaciones. Si se interpretase el artículo 1904, párrafo 8 del TLCAN en el sentido de limitar la función del panel binacional en este aspecto, los paneles no tendrían la capacidad de remediar dichas ilegalidades al establecer que las disposiciones constitucionales fundamentales han sido violadas por la autoridad investigadora sin contarse con un recurso efectivo para estas situaciones.⁴⁹²

Con base en las consideraciones referidas, el panel argumentó que las garantías de legalidad y seguridad jurídica contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana habían sido violadas por la resolución definitiva impugnada, en razón de que las dependencias administrativas de la Secofi que intervinieron en la sustanciación del procedimiento de investigación *antidumping* en sus primeros meses (la Dirección General de Prácticas Comerciales Internacionales y la Dirección de Cuotas Compensatorias), no tenían competencia para hacerlo. El panel consideró que estas autoridades

⁴⁹⁰ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 16.

no fueron debidamente creadas ni facultadas de acuerdo con las exigencias de la legislación mexicana, por lo cual la resolución definitiva que se fundó en dichos actos debía ser declarada ilegal, y por lo tanto “anulada de pleno derecho”.⁴⁹³

Además, el panel consideró que las visitas domiciliarias realizadas por la Secofi en el curso del procedimiento administrativo de investigación no habían cumplido con todas las formalidades establecidas en el artículo 16 constitucional (constar en mandamiento escrito, ser emitidas por una autoridad competente; expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena la visita; expresar el objeto que persigue la visita, y llenar los demás requisitos que fijen las leyes de la materia).

Finalmente, el panel concluyó que la autoridad investigadora “no actuó conforme a los principios fundamentales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (‘Constitución’) y el derecho mexicano aplicable”.⁴⁹⁴ En suma, un panel binacional del capítulo XIX del TLCAN reemplazó a los tribunales mexicanos y anuló un acto administrativo de un órgano público federal mexicano, por ser contrario a la Constitución mexicana. En puridad, ejerció una función de control de constitucionalidad de un acto de autoridad.⁴⁹⁵

Para Zamora, el caso demostró ser inusual no solo por el resultado, sino por las razones en que el panel basó su decisión. La mayoría —un practicante del derecho de Estados Unidos, un profesor de derecho de Estados Unidos y un mexicano experto en derecho aduanero— concluyeron que la Secofi no tenía autoridad para establecer las medidas compensatorias *anti-dumping*. Más que realizar un examen sustantivo de la determinación de la Secofi, la mayoría sostuvo que la oficina dentro de la Secofi que llevó a cabo la investigación no estaba adecuadamente constituida de acuerdo con el de-

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁹⁵ Dos de los panelistas decidieron emitir un voto particular en el cual consideraron, básicamente, que había elementos suficientes como para estimar que el órgano de la Secofi encargado de la investigación *antidumping* sí era legalmente competente para ello; que no hubo vicios en el procedimiento que hayan trascendido al sentido de la resolución definitiva de la Secofi; pero que el hecho de no revelar el documento producido por el consultor externo de Secofi o de no revelar el nombre del consultor de la Secofi dentro de su investigación *antidumping* equivalía a una violación al artículo 14 de la Constitución mexicana “...debido a que el alcance de la investigación (relativa a similitud de producto) y la valoración de la capacidad pueden haber estado fundados (potencialmente en gran medida) en el trabajo de un consultor no identificado, cuyo dictamen técnico y potencial de conflicto de intereses no pudieron ser objetados”. Voto particular de los panelistas John Barton y Gustavo Vega Cánovas, *DOF*, 11 de septiembre de 1995, p. 46-75.

recho mexicano. Consecuentemente, según el artículo 16 de la Constitución mexicana, cualquier acto realizado por una agencia mexicana carecía de fuerza legal. El panel interpretó el TLCAN y sus reglas de procedimiento del capítulo 19 para requerirle juzgar el caso de la misma manera que lo decidiría un tribunal mexicano —en este caso, el Tribunal Fiscal de la Federación—. La mayoría sostuvo que el Tribunal Fiscal habría determinado que la decisión de la Secofi era nula, ya que la oficina que realizó la investigación *antidumping* no estaba establecida en concordancia estricta con el derecho procesal mexicano. El panel ni siquiera consideró el tema sustantivo de si las cuotas compensatorias eran adecuadas, sino que remitió el asunto a la Secofi con órdenes de anular las cuotas (lo cual la Secofi cumplió, si bien con cierta renuencia). Para Zamora, el punto importante es que un panel de arreglo de disputas no mexicano, en que la mayoría de los miembros no tienen entrenamiento en derecho mexicano, realizaron una interpretación significativa del derecho constitucional mexicano.⁴⁹⁶

2. Expediente MEX 94-1904-01

Como resultado de la investigación administrativa 36/92 (cuyo objeto fue examinar la existencia de *dumping* en las importaciones de acero plano recubierto procedentes de los Estados Unidos de América), la Secofi emitió una resolución definitiva publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 1994. El procedimiento administrativo se realizó a partir de la petición de la empresa mexicana Industrias Monterrey, S. A. de C. V., contra las importaciones de placa en hoja originarias y procedentes de los Estados Unidos.

En su resolución definitiva (publicada en el *Diario Oficial* el 2 de agosto de 1994), la Secofi determinó que: 1) los productos investigados de parte de ciertas empresas en los Estados Unidos se importaron a México a precios *dumping*, y 2) que los productos importados en condiciones de *dumping* por algunas de esas empresas amenazaban con causar daño a la industria nacional que producía productos similares en México. En razón de lo anterior, la Secofi impuso las cuotas compensatorias correspondientes.

⁴⁹⁶ “La decisión puede no contar formalmente como un precedente judicial en México. De hecho, bajo el derecho civil mexicano, la oportunidad de los tribunales de crear precedente judicial está severamente limitada. Sin embargo, el caso trae a la luz un hecho importante... En este caso, un panel arbitral compuesto por ciudadanos privados, cuya mayoría no eran siquiera mexicanos- determinó que el gobierno debe seguir estrictamente el derecho”, *op. cit.*, pp. 636 y 637.

Ante esta resolución, dos de las empresas norteamericanas afectadas, USX Corporation e Inland Steel Company, presentaron el 1o. de septiembre de 1994, una solicitud de revisión ante un panel ante la sección mexicana del Secretariado del TLCAN, contra la resolución definitiva de la Secofi, del 2 de agosto de 1994. Ante esta solicitud, se integró un panel binacional conforme al artículo 1904 del TLCAN, con objeto de revisar la resolución definitiva dictada por la Secofi.

Una vez agotado el procedimiento de revisión conforme al capítulo XIX del TLCAN, el panel binacional, con tres votos a favor y dos en contra, decidió devolver la resolución definitiva en cuestión a la Secofi, y declaró ilegales diversas resoluciones administrativas comprendidas en la resolución definitiva impugnada, en términos del artículo 238, fracción I, del Código Fiscal de la Federación. Además, ordenó a la Secofi modificar la resolución definitiva, adoptando medidas no incompatibles con la decisión del propio panel.

El principal razonamiento del panel para declarar la ilegalidad de la resolución definitiva consistió en que los actos administrativos que se llevaron a cabo en el periodo comprendido entre el 24 de diciembre de 1992 y el 1 de abril de 1993, en el curso de la investigación sobre *dumping*, no fueron realizados por un funcionario competente, en virtud de que la autoridad administrativa que emitió los actos no estaba legalmente establecida. En efecto, el panel encontró que las dos oficinas administrativas que intervinieron en el procedimiento de investigación (la Dirección de Cuotas Compensatorias y la Dirección General de Prácticas Comerciales Internacionales, ambas de la Secofi), no se mencionaban en ninguna ley ni en ningún reglamento interior expedido por el presidente de la República. Por lo tanto —concluyó el panel— ninguna de ambas entidades administrativas a las que se hacía referencia en los documentos expedidos a nombre de la autoridad investigadora antes del 1 de abril de 1993 había sido legalmente establecida de conformidad con lo prescrito por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.⁴⁹⁷ Por estas razones, y con fundamento en la fracción I del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación,⁴⁹⁸ se declaró la ilegalidad de la resolución definitiva.

De particular relevancia para nuestro análisis son una serie de consideraciones realizadas en este caso por el panel en su resolución, debido a que

⁴⁹⁷ De cuyos artículos 14, 16 y 18 se desprende que la creación y atribución de competencias de las unidades administrativas dentro de las secretarías de Estado de la federación corresponde a la ley o al reglamento interno respectivo que expida el presidente de la República.

⁴⁹⁸ Que dispone: “Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución”.

se refieren al alcance y naturaleza de los paneles del capítulo XIX del TLCAN y su relación con y posición en el sistema jurídico mexicano.

En primer lugar, observó el panel, sobre sí mismo (a diferencia de la opinión de la mayoría del panel en el caso anterior) que no era el Tribunal Fiscal de la Federación ni poseía las mismas características, atribuciones y competencia de dicho tribunal. En este sentido, consideró que

Mientras que la competencia y las atribuciones del Tribunal Fiscal de la Federación se rigen plenamente por el derecho mexicano, en particular por diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación, la competencia y las atribuciones de este Panel se rigen por el TLCAN en primer término, y por el derecho mexicano únicamente en la medida que lo disponga el propio TLCAN al especificar el criterio de revisión aplicable y al señalar, en el artículo 1904(2), que el Panel debe aplicar derecho mexicano “en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente”. Según lo señalado más adelante, se trata de una competencia más específica y limitada, lo que puede tener por consecuencia que el resultado de la revisión por un panel difiera de la que llevaría a cabo el Tribunal Fiscal de la Federación.⁴⁹⁹

Por otro lado, el panel aceptó plenamente la conveniencia de que los paneles resuelvan de modo similar a como lo haría un tribunal interno, como forma de promover la consistencia y la uniformidad de las decisiones. Sin embargo, a diferencia del Tribunal Fiscal de la Federación,⁵⁰⁰ el panel consideró que carecía de facultades para declarar la nulidad de la resolución impugnada, puesto que dentro de las facultades conferidas al panel por el artículo 1904.8 del TLCAN no estaba comprendida la de declarar la “nulidad” de las resoluciones administrativas de la Secofi. Solamente podía confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad investigadora, con el fin de que se adoptaran medidas no incompatibles con su decisión. El panel razonó que debía actuar dentro de los límites expresos del texto del TLCAN.

De particular importancia resulta la reflexión que el panel realiza en relación con lo que denomina la “doble dimensión” de la impugnación de la competencia de la autoridad investigadora planteada por las empresas reclamantes: la dimensión constitucional y la legal.⁵⁰¹ Así, el panel razona que la “competencia constitucional” se deriva de las disposiciones de la Consti-

⁴⁹⁹ Véase la decisión del tribunal arbitral en el expediente MEX 94-1904-01.

⁵⁰⁰ Y en sentido contrario al razonamiento del panel en el caso anteriormente referido.

⁵⁰¹ El panel dice referirse a esta doble dimensión “conforme a una distinción establecida por tribunales mexicanos”, párrafo 52.

tución mexicana y se protege a través del juicio de amparo en relación con la garantía constitucional contenida en el artículo 16 (principio de autoridad competente). Pero, por otro lado, señala el panel que la “competencia legal” se relaciona con las disposiciones legales o decretos emitidos por el Poder Legislativo. En esta perspectiva, y en razón de que el panel se asume a sí mismo como análogo al Tribunal Fiscal de la Federación, y no a un tribunal de amparo, consideró el panel que le correspondía examinar las violaciones a la competencia legal que se planteasen en términos de la fracción I del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación y de cualesquiera leyes o reglamentos que se refieran a la Secofi y que establecieran la competencia de sus funcionarios, y solamente de manera “indirecta” le tocaba examinar las violaciones a la garantía individual consagrada en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución.

En dos párrafos cruciales se puede ver la esencia del razonamiento del panel en relación con su competencia para aplicar o no la Constitución mexicana:

53. En vista de esta doble dimensión de la competencia, se plantea la pregunta de si este Panel está facultado para resolver las cuestiones de constitucionalidad aducidas por las partes. Ni el capítulo XIX del TLCAN ni las Reglas de Procedimiento proporcionan respuesta clara a esta interrogante. No obstante, puesto que el Panel puede aplicar derecho mexicano “en la medida que un tribunal de la parte importadora podría basarse en tales documentos”, sería razonable que el Panel buscara orientación en los reglamentos, prácticas administrativas y precedentes judiciales respecto de los cuales una parte haya planteado argumentos sobre constitucionalidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

54. Ni la Constitución ni su Ley Orgánica, así como tampoco el Código Fiscal de la Federación, autorizan al Tribunal Fiscal de la Federación para resolver directamente sobre la constitucionalidad de un acto, porque dicho tribunal es un tribunal de carácter administrativo. Por otra parte, dos tesis emitidas por ese mismo tribunal y que han sido proporcionadas a este Panel, establecen que a fin de determinar la nulidad de un acto de una dependencia administrativa, el Tribunal Fiscal de la Federación debería fundar su resolución con referencia a la Constitución. Sin embargo, este Panel no tiene necesidad de decidir si posee facultad para revisar cuestiones de constitucionalidad conforme al derecho mexicano, ya que el criterio de revisión establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación limita la revisión a las cuestiones de legalidad.

Eventualmente, así lo hizo el panel binacional. Es decir, se basó en el artículo 238, fracción I, del Código Fiscal de la Federación para declarar la

ilegalidad de la resolución definitiva de la Secofi, si bien, a diferencia de la decisión del panel en el caso MEX 94-1904-02, no decretó la nulidad de la resolución, sino que se limitó a devolverla a la autoridad investigadora para que dictara medidas no incompatibles con la decisión del panel.

Ahora bien, el caso relativo al expediente MEX 94-1904-01 no terminó con la resolución del panel binacional, puesto que el 21 de octubre de 1996 las empresas reclamantes presentaron en su contra un juicio de amparo. Ello abrió otra línea de discusión desde el enfoque constitucional, que es preciso examinar.

En esencia, la parte quejosa alegó que el contenido del laudo del panel binacional violaba en su perjuicio las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, debido a que no había decretado la nulidad de la resolución definitiva de la Secofi, a pesar de haber reconocido la incompetencia de la autoridad que sustanció el procedimiento de investigación *antidumping* y, en consecuencia, de haber declarado la ilegalidad de la resolución.

Tocó conocer del amparo al Séptimo Juzgado de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, que antes de entrar al análisis de la constitucionalidad de los actos reclamados realizó un examen sobre la procedencia del juicio contra el laudo de un panel binacional del capítulo XIX del TLCAN. Como se verá a continuación, el juez de distrito centró su atención en tratar de responder la siguiente pregunta: ¿tiene un panel binacional del capítulo 19 del TLCAN el carácter de autoridad para los efectos del juicio de amparo? Ante la cual el juez de distrito desarrolló dos líneas de argumentación: el esclarecimiento del concepto de “autoridad responsable” y la aclaración del concepto de “arbitraje”.

En la primera línea, después de referirse a los antecedentes históricos del concepto de ‘autoridad responsable’ en el juicio de amparo hasta llegar a la definición del artículo 11 de la Ley de Amparo vigente,⁵⁰² el juez de distrito consideró que dicho artículo remitía a la necesidad de definir, a su vez, lo que es un ‘acto de autoridad’.

Con base en lo anterior, el juez de distrito observó que el concepto jurisprudencial de acto de autoridad ha variado en el transcurso del tiempo. De esta manera, identifica las siguientes etapas en su evolución:

A. En una primera etapa, el término ‘autoridades’, para los efectos del amparo, comprendía a todas aquellas personas que disponen de la

⁵⁰² Para el artículo 11 de la Ley de Amparo en vigor, tiene el carácter de autoridad responsable “...la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado”.

- fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho y que, por lo mismo, están en posibilidad material de obrar, no como simples particulares, sino como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho mismo de ser pública la fuerza de que disponen (bajo ese concepto, debe entenderse que el amparo procede, no solamente contra autoridades legítimamente constituidas, sino también contra meras autoridades de facto, por más que se las suponga usurpadoras de atribuciones que legalmente no les correspondan).⁵⁰³
- B. En una segunda etapa, el juez de distrito observó que el criterio que debía servir de norma para definir en qué casos se está en presencia de un acto de autoridad debía referirse a la naturaleza misma de esos actos, los que podían ser, una resolución que afectara a los particulares o actos de ejecución con esa misma característica, provenientes, unos y otros, de órganos del Estado, dentro o fuera de las órbitas de sus atribuciones legales. Esta forma de entender el acto de autoridad pretendió superar la limitación derivada del anterior criterio, que tomaba en cuenta únicamente a los actos que tenían ejecución material, y que, para llevarla a cabo utilizaran la fuerza pública, excluyendo aquellos casos en que el acto de autoridad consistía en una conducta omisiva, que no conllevaban ejecución alguna, o cuando, también sin ejecución, la autoridad emitiera un acto declarativo o prohibitivo.
- C. En una tercera etapa, el juez de distrito identificó el criterio según el cual son actos de autoridad los actos que afectan la esfera legal de un particular, es decir, los actos unilaterales por los que se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado, que conllevan el ejercicio del poder de imperio, independientemente de la naturaleza del órgano que lo ejerce. Este nuevo criterio buscó superar las dificultades que se venían presentando respecto a la procedencia del juicio de amparo en contra de actos de los organismos públicos descentralizados del Estado (con personalidad jurídica y patrimonio propios, como por ejemplo, el IMSS).

⁵⁰³ Como ejemplo de este significado, cita el juez de distrito la tesis: “AUTORIDADES. PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. QUIÉNES LO SON. El término ‘autoridades’ para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Epoca, tomo IV, página 1077.

El juez de distrito deja hasta ahí, provisionalmente, el examen del concepto de autoridad responsable en derecho mexicano, para abordar el examen del otro concepto que considera importante estudiar: el concepto de arbitraje. Esto era necesario —sostuvo— en razón de que los llamados paneles binacionales eran, en propiedad, tribunales arbitrales que resuelven disputas mediante la emisión de laudos. En este sentido, señala el juez de distrito, el arbitraje es una forma heterocompositiva, es decir, una forma de solución de un litigio mediante la intervención de un tercero imparcial, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, y que se ha desarrollado como una institución paralela al proceso judicial.

Asimismo, consideró el juez que el éxito en el empleo del arbitraje como medio de solucionar una controversia está condicionado por la actitud conciliatoria de las partes en el conflicto durante las distintas etapas del procedimiento (formular el compromiso arbitral, la constitución del tribunal y la presentación del caso). Y también identificó la existencia de diversos tipos de procedimientos que se incluyen dentro del término genérico de arbitraje (la conciliación, la amigable composición, el laudo en conciencia y el procedimiento en derecho), entre los cuales se encuentra el arbitraje denominado *ad hoc*, que se efectúa caso por caso en la medida en que se suscitan las controversias. Además, observó el juez de distrito que se ha venido dando la gestación de organismos que sirven para arbitrar controversias de forma permanente, dando lugar con ello al arbitraje institucional, caracterizado por la presencia de organismos profesionales que sirven a las partes para proporcionar una lista de árbitros y, además, un conjunto de reglas adecuadas al tipo de litigio a resolver, tal como era el caso del panel binacional que emitió el acto reclamado.

Por otra parte, el juez de distrito observó que tradicionalmente los laudos emitidos por un árbitro o un tribunal arbitral no han sido considerados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como actos de autoridad susceptibles de impugnarse a través del juicio de amparo, pues sus actos no son de una autoridad, en ejercicio de la función pública, sino atendiendo a intereses privados.

Posteriormente, y después de desarrollar una reflexión sobre la posición del TLCAN en el derecho mexicano (con base en una interpretación del artículo 133), concluyó que dicho tratado forma parte del derecho interno mexicano, y que al estar previsto el panel binacional en una norma del tratado debía entenderse que se había incorporado al derecho nacional, constituyéndose en un tribunal que se había integrado también al orden jurídico nacional.

Según el juez de distrito, los tribunales que se constituyen de conformidad con el artículo 1904 del tratado tienen la facultad, atribuida directamente a ellos y no a otra autoridad previamente constituida, de ordenar que la autoridad investigadora realice ciertas conductas para corregir los vicios que advierta en su actuación. Además —señaló también el juez de distrito— la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial no tenía jurídicamente la posibilidad de incumplir el laudo dictado por un tribunal constituido de conformidad con el artículo 1904 del TLCAN.

En este orden de ideas —señaló el juez de distrito—, debía concluirse que si la conducta de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ordenada por el panel binacional constituido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1904 para resolver el caso MEX-94-1904-01, incidía necesariamente en la esfera jurídica de los particulares que fueron partes del procedimiento, el laudo reclamado en el respectivo juicio de garantías sí era un acto de autoridad susceptible de impugnarse a través del juicio de amparo, máxime que su obligatoriedad derivaba directamente de una norma jurídica mexicana, potestad pública que podía afectar las garantías individuales de los particulares. De esta manera, el juez de distrito estableció la procedencia genérica del amparo contra un laudo de panel binacional, y concretamente en contra del laudo arbitral del 27 de septiembre de 1996 emitido en el procedimiento del panel binacional constituido de conformidad con el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el caso MEX-94-1904-01, relativo al procedimiento de revisión de la resolución definitiva dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de agosto de 1994.

Sin embargo, y a pesar de haber determinado la procedencia genérica del juicio de amparo, el juez de distrito advirtió que en el caso se actualizaba la causal de improcedencia prevista en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 73, fracción XVIII, del propio ordenamiento legal, debido a que la resolución en contra de la cual se promovía el amparo no tenía el carácter de definitiva para los efectos del amparo.

Invocando la fracción II del artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior,⁵⁰⁴ el juez de distrito determinó que el laudo del panel binacional no podía considerarse como definitivo para los efectos del amparo, sino que, en cualquier caso, tal definitividad correspondería a la resolución que en devolución adoptara la Secofi, en cumplimiento del referido laudo (conforme al TLCAN).

⁵⁰⁴ Artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior: “II. Sólo se considerará como definitiva la resolución de la Secretaría dictada como consecuencia de la decisión que emane de los mecanismos alternativos”.

En razón de lo anterior, y conforme al artículo 74, fracción III, de la Ley de Amparo, el juez de distrito sobreseyó el juicio, al actualizarse la referida causal de improcedencia. Sin embargo, también aclaró el juez de distrito que lo anterior no cerraba la posibilidad de que la quejosa pudiera reclamar, si lo consideraba pertinente, un juicio de amparo contra la resolución definitiva que dictara la Secofi en cumplimiento del laudo, y con ello combatir al propio laudo, dado el carácter vinculatorio de la decisión emitida por el panel, que obligaba a constreñir a la Secofi su resolución a la de ese organismo de solución de controversias, establecido en el artículo 1904 del TLCAN.

Ante tal resolución, las quejas interpusieron el recurso de revisión, que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito decidió remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicitando que ejerciera la facultad de atracción, por el interés y trascendencia que representaba el asunto, en atención a dilucidar sobre la procedencia del juicio de amparo contra las resoluciones que emitan los paneles binacionales del capítulo XIX del TLCAN.⁵⁰⁵

Así fue como se abrió en la Suprema Corte el expediente del amparo en revisión 280/98, en el que los agravios expuestos por la quejosa recurrente consistieron esencialmente en lo siguiente: el procedimiento ante el panel binacional debía verse como autónomo respecto del procedimiento de la investigación conducido por la Secofi, que además sustituía o reemplazaba a la llamada revisión judicial, que en México es el juicio de nulidad ante el (entonces) Tribunal Fiscal de la Federación. Por ello, no podía entenderse, como lo hacía el juez de distrito, que el procedimiento formaba parte integrante del procedimiento administrativo de investigación en que se dictó la resolución definitiva impugnada ante el propio panel binacional. En razón de esto, el laudo del panel debía entenderse como 'definitivo', y por ello debía considerarse que contra él procedía el juicio de garantías.

La Segunda Sala no discutió el tema del carácter de autoridad o no del panel para efectos del juicio de amparo, sino que centró su atención en un punto más bien formal: la quejosa recurrente no había atacado la idea de la unidad entre el procedimiento de investigación y la resolución del panel, unidad de la cual se seguía que el laudo no podía considerarse con la definitividad requerida para la procedencia del juicio de amparo. Por ello, correspondía sobreseer el juicio, tal y como lo había hecho el juez de distrito.

Finalmente, consideró la Sala que en relación con el procedimiento seguido ante el panel binacional, no se estaba en presencia de un juicio en

⁵⁰⁵ Resolución del 3 de diciembre de 1997, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el Amparo en revisión RA-2306/97.

estricto sentido, sino de un procedimiento seguido en forma de juicio (lo que había motivado a las quejas a promover amparo indirecto, y no directo). A su vez, esto significaba que el laudo del panel no gozaba de la fuerza derivada del poder de imperio (como lo tienen las sentencias por los tribunales en los juicios propiamente dichos), ya que el panel no contaba con facultad alguna que le permitiera obligar a la Secofi al cumplimiento del laudo. En otras palabras, señaló la Sala, los paneles binacionales que se constituyen de conformidad con el TLCAN tienen la característica de no estar investidos de imperio que les permita hacer cumplir sus determinaciones, si no era a través de la Secofi, tal y como acontecía en la especie. Por todo lo anterior, se confirmó la sentencia recurrida, sobreseyéndose por tanto el juicio de amparo 574/96.

Los razonamientos del juez de distrito y de la Sala de la SCJN pueden ser discutidos en diversos puntos. Por ejemplo, López Ayllón ha señalado que el juez de distrito pierde de vista que los paneles son creados por un tratado internacional, por lo cual son verdaderos órganos internacionales cuya vida, procedimiento y facultades están limitados a lo pactado expresamente por las partes del mismo, y que en razón de ello carecen de imperio y no participan del poder público del Estado.⁵⁰⁶ Asimismo, López Ayllón critica el hecho de que el juez de distrito establezca una vinculación directa entre la orden del panel y la resolución de la Secofi, como si la primera determinara el contenido de la segunda y, por tanto, tuviera la cualidad de afectar la esfera jurídica de los particulares. Sin embargo, el TLCAN obliga al Estado mexicano (en este caso, a través de la Secofi) a adoptar ‘medidas no incompatibles’ con las órdenes de los paneles, otorgando así “...cierta flexibilidad a la autoridad nacional para aplicar la decisión del panel particularizando la nueva resolución dentro de las orientaciones contenidas en la orden del panel. [Pero] Es únicamente la resolución de la autoridad administrativa la que modifica la esfera jurídica de los particulares”.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ “Como cualquier órgano internacional, por definición, carecen de imperio y no participan del poder público del Estado (afirmar lo contrario sería admitir que el Estado mexicano permite que otros Estados participen en la creación de ‘autoridades mexicanas’, que, de acuerdo con la propia Constitución, dimanen únicamente del pueblo mexicano).” López Ayllón, Sergio, “Los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio no son autoridad para efectos del amparo (amparo en revisión número 280/98)”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, enero-junio, 2000, p. 200. En el mismo sentido se pronuncia Pérezcano Díaz, Hugo, “¿Son los paneles binacionales establecidos conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte autoridades para los efectos del juicio de amparo?”, *Revista de Derecho Privado*, año 9, núm. 27, 1998, p. 232.

⁵⁰⁷ “La ausencia de facultades de los paneles para obligar a Secofi queda de manifiesto si se considera las consecuencias de la negativa a acatar un laudo de los paneles binacionales.

Por último, ve López Ayllón una serie de dificultades prácticas derivadas del hecho de considerar a los paneles del TLCAN como autoridades para efectos de amparo:

Finalmente, al reconocer a los paneles como autoridad se generan una serie de consecuencias, tanto adjetivas como sustantivas, de casi imposible solución. Baste pensar, por ejemplo, en el emplazamiento (¿cuál es el ‘domicilio’ de un panel arbitral ad hoc que por definición se disuelve una vez cumplida su misión?), la personalidad (¿tiene un panel personalidad jurídica?) y, en su caso, la representación (¿quién representaría a un panel integrado por cinco personas, de las cuales al menos dos son extranjeras?). En fin, ¿cómo obligar a un panel, integrado por particulares nacionales y extranjeros, a acatar la decisión de un juez de distrito?⁵⁰⁸

Sin embargo, para los efectos del presente trabajo nos limitaremos a discutir algunos puntos que tienen que ver con aspectos constitucionales. Por ejemplo, ¿pueden los paneles de capítulo 19 aplicar o no la Constitución en la resolución de los casos de que conocen? Como vimos, en el caso relativo al expediente MEX 94-1904-02, el panel consideró que sí estaba facultado para hacerlo. En ese caso, estaríamos ante un órgano trinacional, que al examinar actos de autoridad emitidos por órganos mexicanos ejerce un control de constitucionalidad.⁵⁰⁹ Mientras que en el caso relativo al expediente MEX 94-1904-01, el panel consideró que su único paráme-

Respecto de los particulares que solicitaron la revisión, se tendría que recurrir a la vía del amparo, pues la obligación de Secofi de cumplir con las órdenes del panel quedó positivizada al incorporarse el TLCAN al derecho mexicano. Por su parte, los Estados partes del Tratado podrían accionar los mecanismos previstos en el mismo, especialmente el del artículo 1905, para remediar esta situación o, en su caso, tomar las medidas que el propio TLCAN autoriza. Como es evidente, en ningún caso un panel tiene facultades para ejecutar su decisión”.
Idem.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 201 y 202.

⁵⁰⁹ Cruz Miramontes considera que en este caso el panel se excedió en sus competencias: “Existen argumentos contundentes, para llegar a la conclusión de que el primer panel binacional, establecido en México de acuerdo al artículo 1904 del capítulo XIX del TLCAN, se excedió en sus facultades. Desde nuestra perspectiva, la interpretación y aplicación de la ley mexicana por parte de la mayoría de los panelistas contradice los principios fundamentales de la tradición romano-germánica adoptada por México, los cuales establecen que México es un país de aplicación estricta del derecho. En pocas palabras, nos parece que los dos panelistas estadounidenses, y aun el panelista mexicano, aplicaron el derecho mexicano en este caso, como lo hubiera hecho un juez estadounidense de *common law*”. Cruz Miramontes, Rodolfo, “Comentarios en torno a la resolución pronunciada por el panel establecido al amparo del capítulo XIX del TLCAN, en el expediente MEX.: 94-1904-02”, *Revista de Derecho Privado*, año 7, núm. 19, ene-abr, 1996, p. 183.

tro de revisión debían ser los criterios del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación. No obstante, aun en este caso, si se observan los “criterios de revisión” contenidos en ese artículo, se podrá constatar que materialmente corresponden con garantías individuales tales como la de “autoridad competente”, “fundamentación y motivación”, “garantía de audiencia”, y “formalidades esenciales del procedimiento”. Esto significa que a pesar de que formalmente realice un control de legalidad, materialmente realiza un examen próximo al control de constitucionalidad, en la revisión de actos de autoridades mexicanas.

Por otro lado, la función desempeñada por los paneles de capítulo XIX del TLCAN lleva también a la discusión sobre su compatibilidad con el artículo 104 de la Constitución. Patiño Manffer lo plantea de la siguiente manera:

¿Se viola el mandato constitucional contenido en el artículo 104 fracciones I y III del pacto federal, al permitir que un panel binacional, que no es un tribunal de la Federación, conozca y resuelva las controversias que se plantean al impugnarse las resoluciones administrativas emitidas por la Secretaría de Economía sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, bajo la consideración de que en dichas controversias se ventilan cuestiones que tienen que ver con la aplicación y cumplimiento de una ley federal como lo es la Ley de Comercio Exterior y de un tratado internacional como lo es el TLCAN, además de que en todos los casos, la Federación, representada por la Secretaría de Economía, tiene el carácter de parte demandada?⁵¹⁰

En este tema, Hernández Gómez opina que los paneles binacionales de los capítulos XIX y XX del TLCAN son inconstitucionales.⁵¹¹ En esencia, sostiene que la Constitución es suprema, incluso sobre los tratados internacionales, y la Constitución confiere competencia exclusiva a los tribunales de la Federación para conocer de las controversias en las que la Federación sea parte. Sin embargo,

Las normas de los capítulos XIX y XX del TLC que contienen los mecanismos para la solución de controversias son inconstitucionales por no respetar la competencia exclusiva que la Constitución concede a los tribunales de la

⁵¹⁰ Patiño Manffer, Ruperto, “El procedimiento de revisión judicial establecido en el artículo 1904 del TLCAN”, en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, 2006, p. 516.

⁵¹¹ Hernández Gómez, Fernando, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad de los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de Derecho Privado*, año 6, núm. 18, 1995, pp. 103 y ss.

Federación, debido que a la Comisión de Libre Comercio, así como a los paneles arbitrales y a otros organismos multinacionales se les han conferido facultades para conocer de asuntos en los que la Federación es parte, o bien, que versan sobre la aplicación o cumplimiento de un tratado internacional.⁵¹²

En Estados Unidos, los paneles como los que contemplaba el acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos y Canadá (que luego se extendieron al TLCAN), también han sido objeto de crítica, al grado de que algunos autores los han considerado inconstitucionales. Por ejemplo, Morrison ha sostenido que los mecanismos de resolución de disputas permiten a personas que no son oficiales de los Estados Unidos, y que no han sido designados conforme a la “cláusula de designaciones” (*Appointments Clause*) de la Constitución de ese país, anular decisiones de servidores públicos norteamericanos. Estas personas anulan decisiones con motivo de que los oficiales de Estados Unidos no han seguido el derecho interno, como lo han entendido personas que no son oficiales de ese país. “Ninguna otra ley da estos amplios poderes a ciudadanos privados para realizar lo que, en sí, es un tipo de revisión judicial o administrativa de decisiones de oficiales federales. En el esquema no solamente viola principios de gobierno y democracia representativa, sino también viola la Cláusula de Designaciones”.⁵¹³

De hecho, ha habido impugnaciones de inconstitucionalidad de los paneles del TLCAN ante los tribunales federales de Estados Unidos. Tal es el caso del asunto *American Coalition for Competitive Trade v. Clinton* y Estados Unidos (128 F.3d 761), que fue desechado en 1997 por una cuestión formal (falta de legitimación procesal del demandante), por lo que no se entró al estudio del fondo del asunto.⁵¹⁴

Otro tema relevante para discutir desde una perspectiva constitucional es el relativo a la procedencia del amparo en contra de resoluciones de los paneles. ¿Qué pasa, por ejemplo, si algún panel viola en el procedimiento o con su resolución, garantías individuales (derechos fundamentales) previstos en la Constitución mexicana? Ya vimos que el juez de distrito se pronunció por la procedencia genérica del amparo en contra de resoluciones de los paneles (en el Amparo 574/96 arriba referido). Además, desde un punto de vista doctrinario, Cruz Barney ha afirmado que como los tratados internacionales están jerárquicamente por encima de la Ley de Amparo (según el

⁵¹² *Ibidem*, p. 121.

⁵¹³ Morrison, Alan B., “Appointments Clause Problems in the Dispute Resolution Provisions of the United States-Canada Free Trade Agreement”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, pp. 1299 y 1300.

⁵¹⁴ La decisión se puede encontrar en <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/128/128.F3d.761.97-1036.html>.

criterio de la Suprema Corte en relación con la jerarquía de normas en el sistema jurídico mexicano), el juicio de amparo es improcedente contra las resoluciones en materia de prácticas desleales de comercio dictadas por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la SE respecto de las cuales se haya solicitado la integración de un panel binacional conforme al artículo 1904 del TLCAN. Ello deviene del 1904-11, que excluye la resolución *antidumping* de la revisión judicial interna de la parte importadora cuando se haya solicitado dicho panel binacional (en el entendido de que un juicio de amparo es en sí mismo un procedimiento de revisión judicial interno respecto de las decisiones antidumping).⁵¹⁵ Así lo consideró el Decimosegundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el DF al resolver el recurso de revisión R. A. 273/2007.⁵¹⁶

Sin embargo, a lo anterior puede contestarse con el argumento de que la Constitución está por encima de los tratados internacionales comerciales, y que en razón de que el amparo es el instrumento de defensa de la Constitución por excelencia, debe considerarse que sí podría proceder su interposición en contra de resoluciones de paneles del capítulo 19 que violenten derechos previstos en la propia norma fundamental.

Patiño propone:

1. Remplazar plenamente la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, con la revisión que lleva a cabo un panel binacional. Para dar cumplimiento a este compromiso, tendría que determinarse, legislativamente, la improcedencia del juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuando el acto impugnado resulte ser una resolución definitiva emitida por la Secretaría de Economía sobre cuotas compensatorias.

2. Incorporar en la Ley de Amparo la improcedencia de este medio de control constitucional, en contra de las resoluciones definitivas que dicten los paneles binacionales constituidos conforme a lo previsto por el artículo 1904 del TLCAN.

3. Reconocer, constitucionalmente, la naturaleza jurídica de los paneles binacionales, creados por mandato de los tratados internacionales de los que México sea parte, como tribunales de la Federación, para armonizar los procedimientos que se ventilen ante estos tribunales, con el mandato derivado del artículo 104 constitucional.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Cruz Barney, Óscar, “El control constitucional de las resoluciones *antidumping* y los paneles del artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, p. 190.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 187.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 521.

Por nuestra parte, y en relación con la pregunta relativa a si los paneles del capítulo 19 pueden aplicar o no la Constitución en la resolución de los casos de que conocen, consideramos que la respuesta, *prima facie*, debe ser negativa. Consideramos que los tribunales arbitrales están circunscritos a actuar en el marco que establece el TLCAN, y en ninguna parte del texto de ese tratado se establece la facultad de acudir a la Constitución de los Estados parte para resolver el tipo de casos de los que venimos hablando. Recordemos en refuerzo de este argumento, que el TLCAN dispone que las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias que los paneles deben tomar en cuenta consisten en “leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente”.⁵¹⁸

Además, recordemos que el párrafo 3 del artículo 1904 del TLCAN establece que el panel aplicará los “criterios de revisión” señalados en el anexo 1911 del TLCAN (en el caso de México, el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación) y los principios generales de derecho, que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente. Es decir, formalmente hablando, el criterio de revisión indicado expresamente por el TLCAN era el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, y ello limitaba la revisión de los referidos paneles a las cuestiones de legalidad.

Sin embargo, no debe perderse de vista lo que ya hemos señalado líneas arriba: los ‘criterios de revisión’ contenidos en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación (ahora, en el artículo 51 de la Ley de Comercio Exterior), corresponden materialmente a algunas de las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución, tales como la de “autoridad competente”, “fundamentación y motivación”, “garantía de audiencia”, y “formalidades esenciales del procedimiento”. Y reiteramos, lo anterior significa que a pesar de que formalmente realice un control de legalidad, materialmente se habilita a los tribunales arbitrales de capítulo 19 del TLCAN, a realizar un examen próximo al control de constitucionalidad, en la revisión de actos de autoridades mexicanas.

En cuanto a la pregunta relativa a si el mecanismo del capítulo 19 viola o no el mandato del artículo 104, fracciones I y III de la Constitución, consideramos que sí existe un problema de incompatibilidad que no puede ser fácilmente resuelto por la vía interpretativa. En primer lugar, en una contro-

⁵¹⁸ Artículo 1904.2 del TLCAN.

versia del capítulo 19 las partes son el Estado mexicano (específicamente, la Federación) y los exportadores afectados por una resolución administrativa emitida por una autoridad federal (Secofi/SE). Y en segundo lugar, este tipo de controversias se dan en relación con el cumplimiento de una ley federal (Ley de Comercio Exterior) y de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano (TLCAN).

A lo anterior algunos podrían oponer el argumento de que al hablar de los tribunales del capítulo 19 del TLCAN estamos ante un mecanismo arbitral para la solución de controversias, derivado de un convenio entre México, Estados Unidos y Canadá, y que las partes que se ven involucradas en los procedimientos correspondientes lo hacen voluntariamente, a sabidas de que el laudo del tribunal arbitral no puede ser impugnado, por así disponerlo el artículo 1911 del TLCAN.

Sin embargo, y siguiendo a Patiño Manffer, a lo anterior podría contestarse que no es exacta la afirmación de que al panel binacional acuden las partes en controversia de manera voluntaria, como lo harían ante un árbitro.

Cuando la autoridad administrativa emite una resolución en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, las partes que intervinieron en la investigación, es decir, los exportadores, los importadores y los productores, indistintamente tienen la posibilidad de solicitar que un panel binacional revise la resolución administrativa en cuestión...

Y si deciden "...solicitar la revisión ante un panel binacional, las demás partes involucradas quedarán sujetas a la resolución que emita el panel binacional, independientemente de que estén o no de acuerdo en dicho mecanismo alternativo de solución de controversias".⁵¹⁹

Finalmente, en relación con la procedencia del amparo en contra de resoluciones de los paneles, considero que aquí hay una problemática que nos mete de lleno en los temas de globalización y derecho, como los hemos venido examinando en el presente trabajo. Formalmente hablando, un laudo de un panel no puede entenderse que afecta la esfera jurídica de los gobernados afectados por la decisión. El destinatario del laudo es la autoridad administrativa que emitió la resolución como producto de una investigación *antidumping*, imponiendo cuotas compensatorias. Además, es cierto que formalmente el tribunal arbitral no tiene imperio, como sí lo tiene, por ejemplo, un tribunal nacional, sea federal o del fuero común. Esto lleva, desde la perspectiva doméstica mexicana, a decidirse por la improcedencia del amparo.

⁵¹⁹ Patiño, *op. cit.*, pp. 509 y 510.

Sin embargo, hay elementos en el laudo que obligan a verlo con un enfoque distinto. En primer lugar, no es optativo para la autoridad administrativa el obedecer o no el laudo. Este tiene efectos vinculatorios derivados del tratado. Y en segundo lugar, y a pesar de la flexibilidad que el lenguaje del TLCAN le permite a la autoridad administrativa, la decisión que esta tome en cumplimiento del laudo sí tiene la capacidad de afectar la esfera jurídica de los gobernados. Si se establecen estas conexiones, consideramos que bien podemos estar ante un fenómeno de autoridad pública internacional como concepto que ha desarrollado Bogdandy, y que está llevando a la necesidad de replantearse nociones tradicionales de autoridad y sus mecanismos de control. Ello nos sugiere que es necesario profundizar más en la reflexión sobre las implicaciones de estos órganos que en esencia se han erigido en mecanismos de escrutinio externo del proceso legislativo y regulatorio mexicano.⁵²⁰

VI. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

1. *La literatura crítica en relación con el impacto constitucional de los tratados bilaterales de inversión*

El capítulo 11 del TLCAN contiene normas relativas a la protección de la inversión extranjera en el área cubierta por el tratado.⁵²¹ Sus objetivos son, el establecimiento de un ambiente de inversión seguro con reglas claras que garanticen un trato justo y equitativo al inversionista extranjero; la remoción de barreras a la inversión, con la eliminación o reducción de restricciones, y la creación de medios eficaces para la resolución de disputas entre los inversionistas y los gobiernos de los Estados receptores de la inversión.⁵²²

En esencia, en ese capítulo están previstas una serie de disposiciones sobre:

- A. Trato nacional (artículo 1102). Implica que cada una de las partes otorgue a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.

⁵²⁰ Zamora, *op. cit.*, p. 638.

⁵²¹ Como todos los tratados bilaterales de inversión, el capítulo XI del TLCAN incluye normas sobre: a. definición de inversión extranjera; b. admisión de inversiones; c. estándares nacionales; d. nación más favorecida; e. tratamiento justo y equitativo; f. compensación por expropiación; y g. resolución de disputas.

⁵²² Strazzeri, Joseph A., "A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations Under NAFTA Chapter Eleven", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, verano, 2002, p. 839.

- B. Trato de nación más favorecida (artículo 1103), en virtud del cual cada una de las partes se obliga a otorgar a los inversionistas de otra parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte.
- C. Nivel de trato (artículo 1104), según el cual cada una de las partes debe otorgar a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra parte el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 y 1103.
- D. Nivel mínimo de trato (artículo 1105), el cual exige que cada una de las partes otorgue a las inversiones de los inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
- E. Requisitos de desempeño (artículo 1106), por el cual ninguna de las partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de una serie de requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una parte o de un país no parte en su territorio para, por ejemplo, exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos, entre otras.
- F. Altos ejecutivos y consejos de administración (artículo 1107), en virtud del cual ninguna de las partes podrá exigir que una empresa de esa parte, que sea una inversión de un inversionista de otra parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.
- G. Transferencias (artículo 1109), por el que cada una de las partes se obliga a permitir que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las partes en territorio de la parte se hagan libremente y sin demora.
- H. Expropiación y compensación (artículo 1110), que establecen el derecho de los inversionistas extranjeros de exigir compensación en caso de expropiación por parte del Estado anfitrión, creando un derecho de acción para el inversionista, ejecutable vía arbitraje, contra el acto de expropiación realizado por el Estado, en los términos del artículo 1110 del TLCAN:

Artículo 1110. Expropiación y compensación

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni

adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- a. por causa de utilidad pública;
- b. sobre bases no discriminatorias;
- c. con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- d. mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.⁵²³

⁵²³ Según Daly, los criterios que han de guiar la indemnización por expropiación ("valor de mercado", "sin demora", "completamente liquidable", "transferible"), contenidos en el artículo 110 del TLCAN corresponden a los de la llamada fórmula Hull (quien fuera secretario de Estado de los Estados Unidos), elaborada en el contexto de la polémica entre los

Resulta importante resaltar que este artículo contempla tanto la ‘expropiación directa’ (que es consecuencia de cualquier medida que priva al inversionista de los títulos de propiedad y sus derechos inherentes) como la ‘expropiación indirecta’, que es más difícil de definir, y que generalmente deriva de medidas de regulación expedidas por el gobierno, que limitan el uso y disfrute de los bienes, o afectan negativamente su valor y capacidad para generar un beneficio económico para el propietario.⁵²⁴ Asimismo, el capítulo XI requiere que las disputas sean decididas de acuerdo con el derecho internacional,⁵²⁵ según lo establece el artículo 1131 del TLCAN:

Artículo 1131. Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

Las reglas del capítulo 11 del TLCAN corresponden a las que son común denominador en los tratados bilaterales de inversión, los cuales comenzaron a surgir desde finales de los años sesenta, pero que han tenido un gran crecimiento en la década de los noventa del siglo pasado. Como apuntan Van Harten y Loughlin, desde estos años los Estados han ido aceptado entrar en un régimen internacional en que a los inversionistas extranjeros (léase, principalmente, empresas multinacionales) se les otorga la capacidad de presentar y ejecutar demandas internacionales contra los Estados en disputas que derivan de la regulación estatal de sus propiedades e inversiones.⁵²⁶

gobiernos de México y Estados Unidos a raíz de las expropiaciones agrarias y petrolera de los años treinta del siglo pasado. Daly, Justine, “Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA”, *Saint Mary’s Law Journal*, vol. 25, 1994, p. 1192.

⁵²⁴ “El gobierno puede regular el uso de la propiedad privada con base en su poder de policía con el propósito de proteger la salud pública, seguridad, o bienestar, pero en cierto punto estas regulaciones pueden convertirse en una expropiación que requiera compensación. Decidir cómo definir esta línea y dónde ponerla ha sido fuente de muchas deliberaciones judiciales, pero el tema no ha sido decidido definitivamente”. Strazzeri, *op. cit.*, p. 850.

⁵²⁵ Puede afirmarse que el derecho internacional reconoce que la propiedad de extranjeros solamente puede ser expropiada legítimamente si la justifica una razón de utilidad pública, si no es discriminatoria y si va acompañada de una compensación adecuada. Sin embargo, el derecho internacional no ha producido criterios claros acerca de cuando estamos ante una ‘expropiación indirecta’ (compensable) y una regulación legítima (no compensable). *Ibidem*, pp. 843 y 844.

⁵²⁶ Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 122 y 123.

Cabe señalar que los tratados tienen ciertas características que los hacen poco usuales. Por ejemplo, las demandas pueden ser presentadas por los inversionistas extranjeros en lo individual, en disputas que surgen del ejercicio estatal de su autoridad pública, y no están sujetas a las limitaciones acostumbradas que se aplican a las demandas individuales en otros tipos de tratados, incluyendo el deber de agotar los remedios locales o la tradicional inmunidad soberana de los Estados. Además, en los tratados de inversiones los inversionistas pueden presentar directamente su demanda por daños, que busca compensar a un individuo y sancionar a un Estado basado en que se encontró que el ejercicio de autoridad pública fue contrario a derecho, y que será resuelto como un recurso de derecho público; finalmente, y en razón de que los tratados de inversiones incorporan el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, los inversionistas pueden buscar directamente la ejecución de laudos de los tribunales de arbitraje ante los tribunales domésticos de un gran número de países, con limitada supervisión judicial de los tribunales domésticos.⁵²⁷

De hecho, sostienen los referidos autores, el efecto combinado de estos elementos es sujetar la conducta regulatoria de los Estados a control, a través de una adjudicación internacional obligatoria, en un grado no usual. Y es por ese potencial que estos mecanismos ejercen una influencia disciplinaria en los programas administrativos domésticos. Son un medio —sostienen— para revisar y controlar el ejercicio de la autoridad pública en el Estado, análogo a la revisión judicial doméstica, a manera de un mecanismo autónomo, internacionalmente organizado, que se intersecta en formas críticas con los sistemas domésticos, y que se configura en un método importante a disposición de los inversionistas extranjeros para resistir la regulación estatal y buscar compensación por los costos que surgen del ejercicio de la autoridad pública.⁵²⁸

Ahora bien, Cremades y Cairos han observado que hasta la década de los noventa del siglo pasado los tratados de inversión no habían llamado mucho la atención de las ONG. Sin embargo, esto cambió con el debate sobre el TLCAN, el cual atrajo la oposición de grupos ecologistas que temían que el libre comercio llevaría a transferir empresas a México para evitar los controles ambientales canadienses y estadounidenses. Al decir de estos autores, la oposición de ONG se incrementó cuando, correcta o incorrectamente, se empezó a creer que los inversionistas podrían usar las disposiciones de resolución de disputas para derribar medidas de protección ecológica. Esta

⁵²⁷ *Idem.*

⁵²⁸ *Ibidem*, pp. 123 y 124.

discusión llegó a un punto álgido en 1997, cuando la empresa estadounidense Ethyl Corporation demandó al gobierno canadiense bajo el capítulo XI, argumentando que una regulación que prohibía un aditivo a la gasolina violaba el trato nacional y las disposiciones antiexpropiación. En este caso, el gobierno de Canadá retiró la regulación y llegó a un arreglo. Pero desde entonces ha habido gran sospecha del potencial del TLCAN de debilitar las medidas de protección ambiental.⁵²⁹

Un elemento muy importante a destacar es que en los tratados bilaterales de inversión se incorpora el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, el cual tradicionalmente se ha visto como un método privado de adjudicación, sujeto a las preferencias de las partes en disputa, permitiéndoles usar reglas de adjudicación sobre temas de confidencialidad de los procedimientos o las actividades profesionales de los árbitros (aspectos que son muy importantes en el sistema de tribunales ‘públicos’).⁵³⁰

No es este el lugar para profundizar en la manera en que funciona este sistema. Nos limitaremos a señalar que el capítulo 11 del TLCAN se refiere para propósitos de ejecución a la Convención de ICSID⁵³¹ y a la Convención de Nueva York.⁵³² La cuestión de qué estructura de ejecución se aplica para ejecutar un laudo bajo el capítulo XI depende de las reglas de arbitraje bajo las que el inversionista interpone su demanda. Pueden hacerlo según las Reglas de ICSID (Centro Internacional del Banco Mundial para la solución de controversias sobre inversiones), o según el Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, o bien bajo las Reglamentos de la Comisión de las Naciones Unidas para las Leyes del Comercio Internacional (Reglamento UNCITRAL).⁵³³

Si el inversionista elige las Reglas de ICSID, el procedimiento de arbitraje del capítulo 11 del TLCAN es regido por la Convención de ICSID, la

⁵²⁹ Cremades, Bernardo y Cairns, David, “The Brave New World of Global Arbitration”, *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 2, abril 2002, p. 179.

⁵³⁰ Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 125.

⁵³¹ En el marco de la Convención sobre Solución de Controversias de Inversión entre los Estados y los Nacionales de otros Estados (1965), se creó una institución afiliada al Banco Mundial denominada Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (ICSID) en Washington, D. C., cuya función principal es actuar como secretaría de arbitraje bajo los términos y procedimientos de la convención. Gantz, David, “Resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras en el TLCAN”, *Prácticas desleales del comercio internacional*, México, UNAM, 1995, pp. 155 y 156.

⁵³² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), de 1958.

⁵³³ Artículo 1120 del TLCAN.

cual dispone que un laudo emitido en el marco de la Convención de ICSID tiene la fuerza de una sentencia definitiva de un tribunal de un Estado parte, y no puede ser revisado por tribunales domésticos. Pero si el inversionista elige las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL, el arbitraje del capítulo 11 se rige por las normas de la Convención de Nueva York, que establecen que un laudo ha de ser reconocido como vinculante por los Estados parte del tratado, y que los tribunales domésticos solamente pueden revisarlos por un número limitado de razones. Por estos motivos, en buena medida, los laudos de los paneles de arbitraje en materia de inversiones están aislados de la revisión judicial doméstica⁵³⁴ (de ahí su carácter de ‘semiautónomos’, como diría Sorensen).⁵³⁵

Debemos mencionar, no obstante, que ni México ni Canadá son parte de ICSID, pero pueden escoger las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL cuando surgen disputas relativas a inversión extranjera, en términos del artículo 1122 del TLCAN.⁵³⁶

Como ya se ha dicho, un aspecto central de los tratados de inversión es que trasplantan el modelo de adjudicación privada de la esfera comercial, al ámbito del gobierno, y con ello dan a árbitros privadamente contratados la autoridad de hacer lo que son esencialmente decisiones de gobierno. Esto ocurre así porque los tratados de inversiones incorporan los tratados de arbitraje para dar un foro institucional y marco procesal al arbitraje de inversiones. Además, los tratados de inversiones también se basan en los tratados

⁵³⁴ “In sum, investment treaties delegate adjudicative authority not only to international tribunals, but also to the courts of the seat of the arbitration and any prospective place of enforcement. Where an investment arbitration tribunal chooses the respondent state as the seat of the arbitration, the tribunal is subject to supervision by the courts of that state, subject to its domestic law. Where a foreign state is chosen as the seat of the arbitration, the arbitration is subject to supervision by foreign courts, subject to foreign domestic law. This means that the state parties to an investment treaty, by consenting to investment arbitration, have in effect delegated authority over the adjudication of regulatory disputes within their territory to the domestic courts of as many as 165 countries”. Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, pp. 134-137.

⁵³⁵ Sorensen, Max, *op. cit.*, véase, nota 381.

⁵³⁶ TLCAN: “Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:

- a. el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
- b. el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
- c. el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo”.

de arbitraje para la ejecución de los laudos arbitrales por parte de los tribunales domésticos. Estamos, en suma, ante un proceso en el que el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional que es la base para el uso de un modelo privado de adjudicación, fue extendido para resolver disputas regulatorias entre individuos y el Estado.⁵³⁷ Lo anterior significa que el arbitraje de ICSID ha entrado en la esfera pública, incluyendo disputas regulatorias entre inversionistas y el Estado. Para Van Harten y Loughlin, esta expansión en la esfera pública marca el nacimiento del arbitraje de inversiones como manifestación del derecho administrativo global.⁵³⁸

En el mismo sentido, Cremades y Cairns han señalado que el arbitraje comercial internacional es tradicionalmente una forma privada, si no es que confidencial, de resolución de disputas. De acuerdo con ello, solamente las partes del acuerdo de arbitraje tienen derecho a participar, los árbitros aplican el derecho aplicable y usos comerciales y no necesitan involucrarse con tópicos más amplios de política pública (excepto en raros casos, tales como corrupción) y la ejecución del laudo afecta solo a las partes del arbitraje:

Sin embargo, el moderno procedimiento de arbitraje inversionista-Estado no es compatible con este modelo de arbitraje. El arbitraje inversionista-Estado ha forzado ya la adaptación del concepto de acuerdo arbitral, como se ha referido arriba, y otras adaptaciones pueden esperarse, particularmente a la luz de crítica hostil de las ONGs y grupos anti-globalización atraídas por algunos arbitrajes inversionista-Estado de alto perfil... El mero hecho de que un arbitraje inversionista-Estado involucra a un Estado parte significa que hace

⁵³⁷ Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 126.

⁵³⁸ Van Harten y Loughlin reconocen que existen similitudes entre el arbitraje privado y el arbitraje de inversiones. Ambos implican una demanda de un actor privado ante un tribunal de árbitros contratado privadamente, los procedimientos son reglas originadas en el arbitraje privado y el remedio general es compensación económica por daños. Sin embargo, observan que hay entre ambos diferencias importantes: el arbitraje comercial se origina en un acuerdo entre partes privadas en el sentido de arbitrar disputas entre ellos de una manera particular, y su autoridad deriva de su autonomía como individuos para arreglar sus asuntos privados. El arbitraje inversión, en cambio, se origina en la autoridad del Estado de usar la adjudicación para resolver disputas que surjan del ejercicio de la autoridad pública, y es constituido por un acto soberano del Estado, y no por un acto privado del Estado, y esto hace del arbitraje de inversión más análogo a la revisión judicial doméstica de la conducta regulatoria del Estado. Así —afirman los autores— con la autorización que el Estado respectivo hace del referido mecanismo, este especial método de toma de decisión es incorporado en el aparato de gobierno del Estado: “By exercising their adjudicative authority, arbitrators decide whether and how public authority may be used to restrict capital transfers, establish standards, control land use, establish product standards, deliver services, regulate technology use, and so on”. *Ibidem*, pp. 127 y 140-146.

surgir tópicos públicos y no meramente privados. El potencial de un mecanismo de arbitraje inversionista-Estado de traer a la luz un conflicto entre las obligaciones de libre comercio del Estado y objetivos de política social en competencia complica la tarea de un tribunal arbitral.⁵³⁹

El modelo privado de adjudicación de disputas en las que por definición hay un elemento público relevante (al ser el Estado una de las partes), ha generado tensiones de diverso tipo. Un tema relevante es la designación de los árbitros privados, que no son miembros de una judicatura, sino abogados practicantes o académicos, que compiten por las designaciones en un mercado de servicios de adjudicación. A diferencia de los jueces, los árbitros tienen un interés comercial de proveer un servicio eficaz y económicamente valuable a su clientes, y no hay garantías de independencia y de imparcialidad. Incluso no es raro que en un caso una persona sea de un panel y en otro un abogado de una parte.⁵⁴⁰

Cremades y Cairns observan, por su parte, un notable desequilibrio entre los inversionistas y los Estados, en los derechos establecidos por los tratados, ya que hay muy limitados derechos para los Estados contra los inversionistas extranjeros, en particular, no hay derecho del Estado al arbitraje. Pero sí está obligado a entrar en el arbitraje si el inversionista lo requiere. En general, en relación con los tribunales arbitrales de inversión se alzan objeciones de pérdida de soberanía, falta de rendición de cuentas y transparencia (la privacía y secrecía del arbitraje crea sospechas en casos controvertidos), y de la subversión de políticas públicas por los tribunales arbitrales, especialmente política ambientalista de instituciones democráticamente elegidas.⁵⁴¹

David Schneiderman tiene una visión muy crítica de los regímenes jurídicos globales en materia de comercio e inversión. Según este autor, los regímenes jurídicos asociados con la globalización económica "...están interesados en sujetar a los estados, a través del derecho económico internacional, al campo más reducido de posibilidades políticas. Esta economía

⁵³⁹ Cremades, Bernardo y Cairns, David, "The Brave New World of Global Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 2, abril 2002, p. 193.

⁵⁴⁰ Van Harten y Loughlin hablan incluso de un sesgo en el mecanismo, contrario a los Estados: "the greater the utility of investment arbitration to investors, the greater the number of claims will be filed, the greater the demand for arbitrators", *op. cit.*, p. 148.

⁵⁴¹ Estos son retos que la comunidad del arbitraje internacional en materia de inversiones debe enfrentar. De hecho, señalan estos autores que por ello precisamente es que la Declaración Ministerial de la Reunión de OMC en Doha, Qatar, determinó que el arbitraje internacional no debía aparecer como debilitando el derecho de los Estados de regular en el interés público. Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 189, 193 y 197.

política de la certeza está siendo asegurada, en parte, vía el establecimiento de un régimen transnacional para la protección y promoción de la inversión extranjera”.⁵⁴² Más aún, Schneiderman sostiene que la intención de ese régimen es proteger la inversión extranjera en el futuro al sujetar a los países en marcos regulatorios predecibles, así como debilitar o paralizar ciertos procesos políticos, imponiendo la disciplina de *rule of law* en la regulación estatal del mercado, lo cual tiene el efecto de aislar aspectos clave de la vida económica de las presiones de la política mayoritaria.⁵⁴³

De hecho, Schneiderman llega a proponer la idea de que las reglas sobre inversiones extranjeras pueden asemejarse a una nueva forma de constitucionalismo.⁵⁴⁴ Es un constitucionalismo preocupado por poner límites al Estado —inhibir posibilidades para la acción política— estableciendo límites vinculantes, en la forma de principios generales, sobre la habilidad del Estado de intervenir en el mercado. Esas reglas operan tanto externamente al Estado —como regímenes jurídicos independientes que disciplinan la acción del Estado— e internamente, a través de la agencia de la reforma constitucional, y con frecuencia la revisión judicial. De esta forma, las reglas de no discriminación, nación más favorecida, trato igual y equitativo, y sobre expropiación, ‘capturan’ los cambios regulatorios que ‘van demasiado lejos’. La premisa subyacente es que puede esperarse que los gobiernos desempeñen solamente funciones regulatorias mínimas, todas las cuales están ineludiblemente subordinadas al mercado ‘privado’.⁵⁴⁵

En particular, Schneiderman ve en la expansión de lo que constituye expropiación, en virtud de las definiciones contenidas en el artículo 1110 del TLCAN, un instrumento que puede tener el efecto de limitar la gama

⁵⁴² Schneiderman, David, “Investment Rules and The Rule of Law”, *Constellations*, vol. 8, núm. 4, 2001, p. 521

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 522.

⁵⁴⁴ En otros estudios, Schneiderman ha sostenido que la red de reglas sobre inversiones, identificable en los niveles transnacional, regional y bilateral, exhibe algunas características de las Constituciones domésticas: son una forma de *pre-commitment strategy* que vincula a generaciones futuras de ciudadanos a ciertas y predeterminadas formas institucionales a través de la cual la política es practicada. Además, estas reglas económicas, como las Constituciones, son difíciles de reformar, incluyen mecanismos de ejecución vinculantes y revisión judicial, y a veces derivan del mismo lenguaje de las Constituciones domésticas. Con ello, se ha tratado de ‘despolitizar’ las disputas, para en cambio, ‘juridificarlas’, dando a los inversionistas el derecho de iniciar un litigio para aplicar estos tratados en el sistema de tribunales interno del estado contratante. Schneiderman, David, “Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, núm. 4, otoño, 2000, pp. 100 y 101.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 524.

de opciones de regulación y política social disponible para los gobiernos.⁵⁴⁶ Pero incluso va más allá, puesto que observa una similitud entre las reglas del régimen de inversiones y un orden constitucional. Por ejemplo, como una Constitución que opera bajo cierta concepción de constitucionalismo, Schneiderman argumenta que las reglas de inversión buscan resolver una tensión entre la política mayoritaria e intereses minoritarios, pero por medio de hacer a los inversionistas pasar como un grupo minoritario vulnerable. Además, como las tradicionales Constituciones liberales, los acuerdos de inversión aspiran a ser vinculantes a través de generaciones (así, son difíciles de cambiar), y con frecuencia tienen mecanismos de aplicación vinculante (que generalmente toman la forma de revisión judicial) y están caracterizados por un lenguaje de derechos vago y abstracto (tal como trato justo e igual, razonabilidad, arbitrariedad, debido proceso). Asimismo, y en congruencia con estas características del tipo constitucional, los acuerdos internacionales de inversiones también dan a los inversionistas, derecho de acción por daños contra los Estados, cuando sus ‘derechos’ han sido violados.⁵⁴⁷

En suma, Schneiderman analiza aspectos específicos de las reglas de inversiones sobre expropiación, y concluye que parecen estar fuertemente influidas por la doctrina constitucional de Estados Unidos, sobre *takings* de propiedad privada, y sugiere que se trata de un ejemplo de lo que De Sousa Santos llama ‘localismo globalizado’: normas locales que han alcanzado nivel global.⁵⁴⁸

Schneiderman argumenta que desde fines de los ochenta del siglo XX los países de América Latina han emprendido reformas constitucionales de larga escala para relevar a sus agencias estatales de la obligación de proteger el patrimonio nacional —comprendido por industrias y servicios públicos considerados vitales para el futuro del Estado, tales como energía eléctrica, petróleo, gas, comunicaciones y transportes—.⁵⁴⁹ Incluso cita el caso del

⁵⁴⁶ “It should not be controversial to conclude, then, that NAFTA’s takings rule, merely one element of a new interlocking web of investment protection agreements, is institutionalizing a discourse of limited government that will change Canada’s constitutional culture in the direction of US-style limited government”, *ibidem*, pp. 524-526.

⁵⁴⁷ Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy’s Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008. Reseñado por Colón-Ríos, Joel y Hevíá Martín, “Review Essay- What Makes the International Investment Rules Regime Undemocratic?”, *German Law Journal*, vol. 10, núm. 8, 2009, pp. 1311-1313.

⁵⁴⁸ Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Common Sense*, New York-London, Routledge, 1995.

⁵⁴⁹ Schneiderman, David, “Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, núm. 4, otoño, 2000, p. 89.

artículo 27 de la Constitución mexicana, que mandata el monopolio del Estado sobre el petróleo. En relación con este tema, señala Schneiderman que a pesar de que este sector clave fue exceptuado del alcance del TLCAN, las reglas de inversión extranjera en el mismo han sido relajadas para permitir inversión en gas natural. Asimismo, observa el autor que fuera de los parámetros del TLCAN se ha informado que el gobierno mexicano entró en ‘transacciones financieras altamente complejas’ para evadir restricciones constitucionales en la industria del petróleo. Y otros elementos del artículo 27 de la Constitución mexicana fueron reformados en el camino al TLCAN, incluyendo disposiciones que prohibían la privatización de bancos públicos comerciales y las reglas que protegían a los ejidos (que ahora pueden fraccionarse en parcelas individuales). Por último —observa Schneiderman— el capítulo XI del TLCAN ha afectado el régimen jurídico relativo a la expropiación,⁵⁵⁰ y marca un abandono del modelo tradicional latinoamericano, en el que figuraba la cláusula Calvo: los nacionales extranjeros no podían reclamar una protección mayor en sus disputas con los Estados soberanos que los ciudadanos de esos Estados.⁵⁵¹

2. *El debate mexicano sobre el capítulo 11 del TLCAN*

La adopción del mecanismo del capítulo 11 en el TLCAN suscitó en México una discusión acerca de su constitucionalidad y, en particular, en relación con la cláusula Calvo, contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I de dicho artículo establece que:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que

⁵⁵⁰ Sostiene Schneiderman que el artículo 27 de la Constitución mexicana, base del intervencionismo del Estado en el mercado, se ha afectado: “The requirement to provide compensation has been ratcheted up, by statute, to reflect NAFTA’s more stringent requirement of payment of full market value, in funds fully transferable, and immediately realizable. One member of Mexico’s House of Representatives (Alfonso Rivera Domínguez) admitted during debate over this bill that the new compensation requirement had been precipitated by the NAFTA text and that negotiators regrettably had ‘compromise [ed] *ex ante* the amendment we have before us today without informing the Mexican people...’ What might be called constitution making through the back door is the subject of the next part”. Schneiderman, David, “Property rights and regulatory innovation: Comparing constitutional cultures”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, abril, 2006, p. 384.

⁵⁵¹ *Idem*.

convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

Como se recordará, esta disposición se identifica con la doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el principio de no intervención entre los Estados, y el principio de estatus igual (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

Ahora bien, regresando al debate, debemos recordar que para algunos, el mecanismo del capítulo 11 era (y es) claramente inconstitucional. Por ejemplo, Sepúlveda explicó en su momento las razones históricas que habían hecho que México haya sido renuente en aceptar la jurisdicción internacional como un método para solucionar las diferencias con partes extranjeras, en particular con ciudadanos privados. Según Bernardo Sepúlveda, la experiencia histórica no ha sido muy positiva para nuestro país, en casos como el Fondo Piadoso de las Californias, o la isla de La Pasión, lo cual explica que se fuera generando una doctrina que daba primacía a la jurisdicción nacional:

La primacía de las leyes y tribunales domésticos es una de las expresiones necesarias de la soberanía. Sin embargo, el tema se ha convertido en controvertido porque los países que exportan capital han reclamado un sistema de excepciones que resultan en la remoción de los intereses extranjeros de la jurisdicción del orden jurídico nacional. Los abusos derivados de esta pretensión llevó a la creación de una tendencia política y jurídica de proteger la prioridad jerárquica de la jurisdicción nacional.⁵⁵²

La doctrina Calvo (incorporada en el artículo 27 de la Constitución bajo la llamada ‘cláusula Calvo’) surgió así para reafirmar la jurisdicción nacional y desacreditar la idea de que los extranjeros deben tener un trato diferente que los nacionales:

⁵⁵² Sepúlveda Amor, Bernardo, “International Law and National Sovereignty: The NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, p. 581.

Esta disposición constitucional ha producido una serie de importantes resultados en el curso de la historia de su aplicación. Una de las notas distintivas de esta norma constitucional es que los extranjeros se les dé los mismos derechos que a los mexicanos en cuanto a la adquisición de cierto tipo de activos y se les exige que se sometan, igual que los nacionales mexicanos, a las leyes y tribunales de México. Todos los individuos, sean nacionales o extranjeros, gozan de las garantías de la constitución pero deben cumplir las obligaciones que emanan de ella: obedecer las leyes de México y someterse a sus tribunales. La regla contenida en el Artículo 27, que reafirma la autoridad soberana del Estado, presupone la disponibilidad y existencia de una jurisdicción nacional capaz de resolver conflictos que se originan dentro de sus fronteras y relativas a las materias reguladas por esa norma. Esto es similar al principio general de derecho del agotamiento de los recursos locales como una ruta primaria para resolver las diferencias relativas a un extranjero.⁵⁵³

Asimismo, y en relación con esta lógica, es que a nivel del derecho internacional ha prevalecido lo que Sepúlveda califica como la ‘regla de oro’ de agotamiento de los recursos locales.⁵⁵⁴ Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, para Sepúlveda, el TLCAN ha impuesto una camisa de fuerza al sistema jurídico mexicano, proponiendo considerar dos temas: uno, el trato discriminatorio que afecta a los nacionales mexicanos, resultante de que estos no pueden resolver posibles controversias en temas de inversiones con las autoridades mexicanas por medio de arbitraje internacional. Para Sepúlveda, el capítulo 11 del TLCAN da un trato privilegiado a los inversionistas extranjeros, y con ello se viola el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros.⁵⁵⁵

El segundo tema es el relativo a la derogación del orden jurídico nacional, ya que para Sepúlveda el capítulo 11 del TLCAN sobre la protección a la inversión extranjera esencialmente elimina el deber de todos los indivi-

⁵⁵³ *Ibidem.* p. 582.

⁵⁵⁴ *Ibidem.* p. 583.

⁵⁵⁵ Bernardo Sepúlveda sostiene que el TLCAN obligó a una reconsideración de la esencia del artículo 27 constitucional y de los principios declarados en la doctrina Calvo. “El TLCAN frustra uno de los aspectos de la doctrina Calvo —contenida en el artículo 27 y especificada tanto en derecho convencional como consuetudinario internacional— que exige a un extranjero agotar todas las vías jurídicas locales como prerrequisito para buscar remedios internacionales contra el estado anfitrión. Este principio fue obviado por el establecimiento en el TLCAN de un procedimiento de arbitraje internacional para resolver controversias entre México e inversionistas canadienses o americanos. La ratificación del TLCAN, junto con la entrada en vigor de otros acuerdos que establecen la promoción y protección recíproca de las inversiones, ha introducido un elemento novedoso en el orden jurídico mexicano, cuyas consecuencias están todavía indeterminadas”. *Ibidem.* p. 573.

duos, cualquiera que sea su nacionalidad, de observar y respetar el sistema jurídico en México:

Por tanto, el deber de los ciudadanos de someterse a las leyes y a los procedimientos judiciales en México es eliminado debido a la ilusión de la competencia del derecho mexicano de resolver ciertos tipos de controversias relativas al trato del capital extranjero. La regla general debe exigir la resolución de todas las controversias por los tribunales de México y asegurar que los nacionales y extranjeros gocen la extensión completa de garantías que la Constitución otorga, pero también que se sometan a las obligaciones que emanan de ella. Otorgar a los inversionistas extranjeros un régimen preferencial, removiéndoles efectivamente de la jurisdicción nacional cuando presenten demandas contra el Estado mexicano, disminuye la validez del orden jurídico de este país, o alternatively, lo deroga para el beneficio de inversionistas extranjeros. El respeto y aplicación del sistema jurídico de un estado es uno de los elementos esenciales de la soberanía, reconocido por el derecho internacional. La autoridad de ese orden jurídico depende del agotamiento de los procesos domésticos de apelación, otorgados por el sistema jurídico mexicano a todos los individuos, antes de que ese individuo busque otras apelaciones, tales como el llevar la disputa al arbitraje internacional.⁵⁵⁶

Para otros autores, en contraste, el TLCAN no conlleva una violación al artículo 27 constitucional. Daly, por ejemplo, ha sugerido que con la aceptación que México ha hecho del capítulo XI del TLCAN se evita la interferencia política en la resolución de disputas, eliminándose así la necesidad de que un gobierno extranjero intervenga a través de protección diplomática a sus nacionales inversionistas en México. Si esto es verdad —afirma—, entonces con el TLCAN México ha reafirmado (y no abandonado) una de las premisas básicas de la doctrina Calvo, como lo es el principio de no intervención.⁵⁵⁷

Por su parte, Zamora observa que la doctrina Calvo se basa en dos nociones. Por un lado, como el principio de trato nacional incorporado en GATT y en TLCAN, la doctrina Calvo propone la igualdad de trato entre ciudadanos extranjeros y ciudadanos del país anfitrión. Pero a diferencia del concepto de trato nacional, sin embargo, la doctrina Calvo fue creada —dice Zamora— para atender el percibido favoritismo dado a los extranjeros, y no la discriminación contra ellos. En otras palabras, el propósito de la

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 589.

⁵⁵⁷ Daly, Justine, “Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA”, *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994, pp. 1182 y 1183.

doctrina Calvo es bajar a los extranjeros al nivel de los nacionales, mientras que el propósito del trato nacional es elevarlos al nivel de los nacionales. Por otro lado —sigue Zamora— la doctrina Calvo exige que los inversionistas extranjeros se sometan a las leyes nacionales del país anfitrión, y prohíbe la intervención del derecho del país del ciudadano extranjero o la intervención diplomática, o de cualquier tipo, del Estado extranjero en protección de intereses extranjeros. Este concepto se basa en una extensión del principio de soberanía.⁵⁵⁸

En nuestra opinión, el mecanismo del capítulo 11 no violenta la letra de la cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional. Consideramos que acudir a este mecanismo no significa invocar la protección del gobierno del inversionista extranjero. Es decir, los tribunales arbitrales del capítulo 11 no son un gobierno o agentes de un gobierno. Son órganos de naturaleza difícilmente asimilable a las categorías tradicionales del Estado nacional, integrados por personas que, en principio, actúan como entes privados.

Sin embargo, considero que el mecanismo sí crea un trato desigual entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros (contrariando con ello el espíritu de la cláusula Calvo). Por un lado, crea un estándar especial respecto del derecho de propiedad y su protección en relación con el poder de expropiación del Estado; y por otro lado, crea un mecanismo de protección y garantía no disponible para los inversionistas mexicanos en México. Asimismo, considero que esta circunstancia no es compatible con la letra y espíritu del artículo 1o. de la Constitución mexicana.

3. *La Corte Constitucional de Colombia ante los tribunales bilaterales de inversión: el caso C-358/96*

Resulta interesante hacer alusión a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96, calificada por Schneiderman como un intento de resistencia a las demandas de la globalización económica, a resultas de un conflicto entre la regla de expropiación de la Constitución colombiana y las reglas del tratado bilateral de inversión suscrito entre Colombia y el Reino Unido en 1994.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Zamora, Stephen, “Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 622 y 623.

⁵⁵⁹ El tratado contiene un estándar estricto de compensación (‘Fórmula Hull’), que ha sido sostenido por los Estados Unidos como el estándar requerido por el derecho internacional y que también se ve reflejado en el capítulo XI del TLCAN. Schneiderman, *op. cit.*, “Constitutional Approaches...”, pp. 106-108.

Una vez aprobado el tratado, a través de la ley 246/95, este se presentó a la Corte Constitucional de Colombia para ejercer la función que le atañe, conforme al párrafo 10 del artículo 241 de la Constitución de ese país, según el cual corresponde a la Corte:

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Como puede verse, se trata de un procedimiento previo de revisión de la constitucionalidad del tratado internacional. En su examen del tratado, la Corte encontró que había una contradicción entre éste y el inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana, que a la letra disponía:

...el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

Por su parte, el artículo 6 del tratado dispone que:

1. Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra Parte Contratante, a: ...

b) Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionadas con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Para la mayoría de la Corte,⁵⁶⁰ resultaba evidente que el tratado prohibía una forma de expropiación que el artículo 58 de la carta expresamente autorizaba. Luego, podía calificarse como inconstitucional.

Por otro lado, la mayoría de la Corte encontró que el tratado implicaba una transgresión del artículo 13 de la Constitución, por el tratamiento discriminatorio que se derivaría de convalidar la restricción contenida en el literal b) (número 1) del artículo 6 del tratado. Dicho artículo dispone que:

⁵⁶⁰ El caso fue resuelto por una mayoría de seis magistrados contra tres.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...

Para la mayoría de la Corte, resultaba indudable que de aceptarse como válida la restricción contenida en el tratado,

...se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.

Tal trato discriminatorio no es posible escamotearlo ni siquiera arguyendo que la igualdad debe ser analizada en relación con el trato acordado en Colombia para los súbditos del Reino Unido, y el acordado allí para los colombianos. Porque la reciprocidad pactada no puede equipararse, y mucho menos subrogarse, al principio de igualdad.

Del principio de reciprocidad lo que se deriva es el deber de cada uno de los Estados signatarios de dar a los súbditos del otro (en una materia específica) un tratamiento igual. Pero el trato recíproco acordado entre los Estados ligados por el convenio, deja indemne el régimen más gravoso que, correlativamente, queda consagrado en el ordenamiento doméstico para los propios nacionales y para los extranjeros originarios de países diferentes al contratante.

Porque si se arguye que un nacional colombiano, que sí puede ser expropiado en las condiciones previstas en el inciso 5 del artículo 58, puede reivindicar su derecho a la igualdad si resuelve invertir en el Reino Unido, puede ponerse de manifiesto una nueva y protuberante desigualdad: la que se establece entre los nacionales colombianos que tienen capacidad de invertir en la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y los que no la tienen. La reciprocidad, pues, tan deseable como principio rector de los pactos internacionales, tiene operancia en un ámbito muy diferente a aquél en que opera el principio de igualdad y por esa poderosa razón tales principios no son intercambiables. Son sí, plausibles, ambos, en las respectivas esferas que uno y otro están llamados a regir.⁵⁶¹

Pero la decisión de la Corte en este caso no fue unánime. Los magistrados disidentes emitieron un voto particular, que se sustentó en dos argumentos. Según el primero, había que tomar en cuenta que los extranjeros no tenían participación alguna en la integración del Congreso colombiano, que a su vez era el órgano al que le correspondía, en su caso, adoptar la

⁵⁶¹ Véase sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

determinación de expropiar conforme al inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana:

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución, tienen la obligación de acatar la decisión expropiatoria con la misma intensidad con que deben hacerlo los nacionales colombianos. Una recta comprensión del principio de igualdad (C.P., artículo 13) permitiría, por lo menos, preguntarse si esta diferencia entre extranjeros y nacionales colombianos, en punto al ejercicio de los derechos políticos, ameritaría una diferencia de trato que apuntara a igualar a los dos grupos, en caso de adoptarse medidas estatales de índole política que los afectaran con la misma intensidad.

En segundo término, los magistrados de la minoría desarrollaron una argumentación que identificaron bajo el rubro de: “La globalización e internacionalización de las relaciones económicas y la inserción de Colombia en los mercados internacionales: hacia una nueva concepción de la soberanía”. En este sentido, en el voto particular se señaló que la Asamblea Nacional Constituyente había tomado en cuenta las circunstancias económicas del mundo, y en particular la necesidad de atraer capitales a Colombia, lo cual requería de instituciones jurídicas sólidas y eficaces. Asimismo, se aludió al artículo 226 de la Constitución colombiana (deber de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional) a partir del cual podía derivarse el deber de “...adelantar la interpretación constitucional de materias como la que correspondió examinar en este asunto a la Corte, de conformidad con criterios integradores y sistemáticos y atendiendo a la naturaleza de las cosas a las que corresponde el asunto regulado por la disposición legal en cuestión”.

Después de aludir a la globalización, a la internacionalización de los sistemas económicos y la consecuente necesidad de una “nueva concepción de la soberanía estatal, cuya defensa se traduce en mecanismos completamente distintos a los utilizados por el viejo Estado nación”,⁵⁶² consideró

⁵⁶² “En la actualidad, la soberanía estatal debe ser entendida como una forma particular de “estar en el mundo”, como una manera especial de defender los intereses nacionales que permita el desarrollo económico y el logro de cada vez mayores índices de bienestar y calidad de vida de la población. En la presente hora del desarrollo mundial, la prosperidad económica solo puede alcanzarse a través de estrategias claras de conquista de mercados, de atracción, protección y promoción de las inversiones extranjeras y de inserción en los mercados internacionales. El proteccionismo a ultranza y las políticas tendientes a disuadir la inversión extranjera, implementados con la intención de defender la soberanía e intereses nacionales, se convierten en instrumentos contraproducentes que tienden al aumento de la

que la Constitución colombiana de 1991 no era ajena a los planteamientos anteriores, y que por ello adoptaba una clara decisión política básica a favor de la integración económica del país en los mercados mundiales y la internacionalización de las relaciones económicas del Estado colombiano, lo cual incluía el régimen de inversión extranjera (citó el preámbulo de la Constitución, así como sus artículos 9o., 150-16, 226 y 227). Para la minoría de los magistrados, el artículo 226 habilitaba al órgano constitucionalmente responsable de las relaciones internacionales, en el marco de la propia Constitución, a adoptar las decisiones que estimara racional y equitativamente convenientes para la nación, “en todo caso fundadas en juicios de orden político y económico en los que se ponderen, evalúen y examinen los diversos elementos objetivos que componen estas relaciones ante la diversidad de configuraciones que pueden adoptar contemporáneamente y en las que se promueva la mencionada internacionalización de las relaciones económicas y políticas y se eviten soluciones y disposiciones dañinas e inicuas”. En este sentido, consideraron que:

En efecto, por virtud de lo establecido en la mencionada norma constitucional, el examen en equidad y la interpretación sobre bases de equidad de las condiciones de un tipo específico de relaciones políticas o económicas de relevancia normativa entre Colombia y otros estados, no sólo pueden ser precedentes a la decisión de política internacional, sino que, en el caso de la internacionalización de las relaciones a las que se refiere el artículo 226 de la Carta Política y a partir de 1991, la pueden fundamentar externamente y sirven para adoptar una regla recíproca de conveniencia nacional como la de garantizar la indemnización en caso de expropiación de inversiones de súbditos de los estados parte.

Como queda visto, el Constituyente de 1991 de manera expresa y sin duda facultó al Estado colombiano para definir por razones de equidad y en tratados internacionales las reglas específicas para promover entre otros fines las relaciones económicas y políticas con otros estados siempre que se trate de reglas recíprocas y de conveniencia nacional; dentro de estas regulaciones de rango constitucional y por medio de tratados internacionales, bien podía el Estado colombiano comprometerse a no expropiar sin indemnización por razones de equidad determinado grupo o tipo de inversiones extranjeras o las inversiones de los súbditos de otro estado o nación amiga previamente

pobreza y al deterioro de los niveles internos de bienestar social. En suma, la soberanía sólo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías”. Voto particular, sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

determinados y durante un término, pues en última instancia se trata del ejercicio de la misma competencia de decidir sobre la expropiación con fundamento en razones generales pero cuyo contenido se construye a partir de juicios o criterios de equidad. Sin duda, como corresponde al legislador la definición positiva del ejercicio de la competencia de decretar la mencionada expropiación por razones de equidad por un procedimiento en el que se exige una mayoría calificada para su aprobación, bien puede el mismo legislador aprobar una disposición legal de la categoría de un tratado internacional en la que el Estado por el mismo tipo de razones de equidad se comprometa a no decretarla en un determinado caso o para un determinado grupo de súbditos y durante un término definido en desarrollo de la política del Estado de internacionalizar las relaciones económicas.

Por lo anterior, los magistrados disidentes consideraron que la decisión adoptada por la Corte, en el proceso de la referencia, se convertía en un elemento disuasivo para la presencia de inversiones internacionales en Colombia, que además podía llegar a tener una incidencia negativa en el desarrollo y bienestar económico del país.

Por último, debemos mencionar que esta historia termina con una adaptación de la Constitución colombiana a los tratados bilaterales de inversión: en agosto de 1999 la regla de expropiación de Colombia se cambió, a partir de lo cual ya no se permite expropiación sin compensación. Según Schneiderman, esto da un ejemplo del “constitucionalismo neo-liberal disciplinando el texto constitucional doméstico: la interferencia con la propiedad privada y los derechos de los inversionistas está simplemente más allá de los límites de la aceptabilidad”.⁵⁶³

4. *El caso Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos*

El primer caso en el que un inversionista extranjero demandó al Estado mexicano en el marco del capítulo 11 del TLCAN fue el instaurado por Metalclad Corporation en relación con una inversión realizada en el estado de San Luis Potosí. Como se verá a partir de la reseña del caso que presentamos a continuación, existen diversos temas que exigen una reflexión profunda desde la perspectiva del derecho constitucional. En especial, es importante examinar el caso, puesto que, como indica Miguel Rábago, en relación con el mismo se dictó el primer y único laudo contra México en el contexto del artículo 1110 del capítulo 11, por lo que es el más importante

⁵⁶³ Schneiderman, *op. cit.*, “Constitutional Approaches...”, pp. 107 y 108.

para definir los alcances de la definición de la expropiación en el TLCAN para México.⁵⁶⁴

A inicios de la década de los noventa del siglo pasado, la empresa norteamericana Metalclad Corporation, dedicada al manejo y confinamiento de residuos peligrosos, inició una serie de actividades dirigidas a adquirir, desarrollar y operar una estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en el municipio de Guadalcázar, estado de San Luis Potosí, a través de la compra de la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A., de C. V. (Coterin).

En 1990 el gobierno federal mexicano autorizó a Coterin la construcción y operación de la referida planta. Posteriormente, en enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología otorgó a Coterin un permiso federal para la construcción del confinamiento. Y en abril de 1993 Metalclad concluyó el contrato de opción a seis meses para la compra de Coterin y de sus permisos. Asimismo, en mayo del mismo año el gobierno de San Luis Potosí otorgó a Coterin un permiso estatal de uso de suelo para la construcción del confinamiento. En septiembre de 1993, y después de una serie de reuniones sucesivas con autoridades federales y estatales (incluyendo al gobernador de San Luis Potosí), Metalclad, ejerció su opción y compró Coterin, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos. En abril de 1994 inició la construcción del confinamiento, con conocimiento e inspecciones por parte de autoridades federales y estatales, pero sin contar con el permiso municipal de construcción.⁵⁶⁵

El 26 de octubre de 1994, el municipio de Guadalcázar ordenó el cese de toda actividad en el sitio, debido a la falta del permiso municipal de construcción. Ante esto, Metalclad solicitó el permiso respectivo, y reanudó la construcción, que terminó en marzo de 1995. Sin embargo, la inauguración del confinamiento fue impedida por manifestaciones y bloqueos.

Se entablaron así una serie de negociaciones entre Metalclad y autoridades federales, quienes finalmente suscribieron un convenio de concertación, que establecía y permitía la operación del confinamiento. Sin embargo, el gobernador de San Luis Potosí desconoció el convenio, mientras

⁵⁶⁴ Rábago Dorbecker, Miguel, “El régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?”, en Serna, José Ma. (coord.), *Derecho comparado Asia-México*, México, UNAM, 2007, p. 462.

⁵⁶⁵ Azuela señala que Metalclad dio este paso a sabiendas de la oposición que la población y autoridades del municipio de Guadalcázar contra el proyecto Azuela, Antonio, “Olor a nafta: El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. I: *Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010.

que el municipio entabló un juicio de amparo en contra de él, el cual fue desechado por improcedente, en razón de que el municipio —se adujo— no es titular de garantías individuales.⁵⁶⁶ Sin embargo, mientras se decretaba la resolución, el municipio obtuvo una suspensión relativa al convenio, lo que en la práctica significaba que el confinamiento no podía operar (y los jueces federales tardaron más de cuatro años en resolver el amparo).⁵⁶⁷ Posteriormente, el 5 de diciembre de 1995, esto es, trece meses después de que Metalclad presentara su solicitud del permiso municipal de construcción, este fue negado.

Finalmente, el 23 de septiembre de 1997, el gobernador de San Luis Potosí emitió un decreto ecológico que declaraba un área natural para la protección de una especie de cactus (expedido tres días antes de que terminara su periodo de gobierno), que abarcaba el área del confinamiento. La consecuencia del decreto no era otra que impedir la operación y funcionamiento del confinamiento.

Ante estos hechos, Metalclad decidió recurrir al mecanismo del capítulo XI del TLCAN, y con ello sacó el conflicto de la jurisdicción nacional.⁵⁶⁸ En su demanda, Metalclad alegó que los Estados Unidos Mexicanos, a través de sus gobiernos locales de San Luis Potosí y Guadalcázar, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos, lo cual constituía una violación de las disposiciones del capítulo XI sobre inversión del TLCAN. En particular, Metalclad alegó violaciones al (i) artículo 1105 del TLCAN, que dispone que cada parte en el TLCAN “[otorgue]

⁵⁶⁶ González Oropeza ha señalado que si bien formalmente la tesis de que los municipios no gozan de garantías individuales es correcta, el artículo 103 constitucional omite incluir al municipio como parte afectada por leyes o actos de las autoridades federales y estatales. Y a pesar de que exista la controversia constitucional, la naturaleza de esta permite la defensa del ámbito de competencias que corresponden al municipio, pero no por la afectación proveniente de actos de autoridad federales o estatales, como el permiso de construcción, que infringen las facultades propias del municipio. Concluye el autor que debieran reformarse las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, para incluir a los municipios. González Oropeza, Manuel, “Los municipios mexicanos y el libre comercio. El caso de Metalclad”, *Suplemento: SCLC/ Estudios Jurídicos y Políticos*, Chiapas, UNACH, núm. 4, julio-diciembre 2006, pp. 5 y 6.

⁵⁶⁷ Así lo informa Azuela, Antonio, “Olor a nafta. El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. I: *Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010, p. 5.

⁵⁶⁸ Esta posibilidad de desplazamiento de un conflicto del espacio jurídico nacional, al espacio jurídico de América del Norte, es lo que Azuela denomina una “nueva geografía” del derecho mexicano. Esta fue la primera vez —dice Azuela— que el Estado mexicano se veía en la necesidad de justificar el ejercicio del poder público sobre una empresa en el contexto institucional del TLCAN. Azuela, *op. cit.*, p. 19.

a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”; y al (ii) artículo 1110, que estipula que

ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.⁵⁶⁹

Por así permitirlo las normas del capítulo 11, las partes seleccionaron Vancouver como el sitio del arbitraje (lo cual es relevante, puesto que, como se verá, ello implicaba que en caso de que alguna de las partes decidiera solicitar la revisión del laudo del tribunal arbitral, la revisión se realizaría por los tribunales del sitio del arbitraje, y conforme a las leyes de este). Eventualmente, el tribunal arbitral quedó integrado con un panelista de cada uno de los países del TLCAN.

El tribunal arbitral del capítulo 11 del TLCAN hizo las siguientes consideraciones:⁵⁷⁰

1. Los actos de las entidades territoriales se consideran como actos del Estado mexicano. En este sentido, el propio TLCAN establece en su artículo 105, relativo a la “Extensión de las obligaciones”, lo siguiente: “Las Partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa”.

Mientras que el artículo 201.2 del TLCAN dispone que: “2. Para efectos de este Tratado, toda referencia a estados o provincias incluye a los gobiernos locales de estos estados o provincias, salvo que se especifique otra cosa”.

Por tanto, no podía haber duda de que el Estado mexicano, representado por el gobierno federal, respondía por los actos de los gobiernos estatales y municipales que violentaran el TLCAN.

⁵⁶⁹ En su demanda ante el panel binacional de capítulo XI, Metalclad también afirmó que los gobiernos estatal y municipal habían participado, en parte al menos, en la organización de las manifestaciones y bloqueos que afectaron la inauguración del confinamiento.

⁵⁷⁰ Metalclad v Estados Unidos Mexicanos, laudo del 30 de agosto de 2000, en www.rmalc.org.mx/CIADI/mm-award-s.pdf.

2. El municipio de Guadalcázar no estaba constitucionalmente facultado para negar u otorgar permisos de construcción basado en consideraciones de impacto ambiental.

En este tema, el tribunal arbitral reconoció que, efectivamente, según el artículo 115, fracción V, de la Constitución mexicana, el municipio tiene facultades para "...otorgar licencias y permisos de construcción, y participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas...". Sin embargo, esto incluía como facultades del municipio únicamente el manejo de permisos de construcción, puesto que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 (LGEEPA) expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos.

Así, el artículo 5o. de la LGEEPA establece que es facultad de la Federación:

V. La regulación y el control de las actividades consideradas como altamente riesgosas, y de la generación, manejo y disposición final de materiales y residuos peligrosos para el ambiente o los ecosistemas, así como para la preservación de los recursos naturales, de conformidad con esta Ley, otros ordenamientos aplicables y sus disposiciones reglamentarias.

Por otro lado, el tribunal arbitral consideró que del artículo 8o. de la LGEEP se desprendían limitaciones a las facultades del municipio en materia de medio ambiente a aquello relativo a residuos no peligrosos; mientras que el artículo 7o. de la propia ley limitaba las facultades del estado en materia de medio ambiente a aquellas no expresamente otorgadas al gobierno federal.

Por lo tanto, la negativa del municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos había sido inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

Con base en lo anterior, el tribunal arbitral consideró que se había dejado creer a Metalclad, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento; y basándose en afirmaciones del gobierno federal, Metalclad había iniciado la construcción del confinamiento, de manera abierta y continuada, y con el conocimiento total de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta la "orden de clausura" del 26 de octubre de 1994 (orden que se fundamentó en la falta de obtención

por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción.) Para el tribunal, ello significaba que Metalclad no había sido tratado justa y equitativamente de acuerdo con el artículo 1105 (trato mínimo) del TLCAN.

En este sentido, el tribunal arbitral consideró que las acciones de las autoridades mexicanas en el caso debían analizarse a la luz del principio de transparencia del capítulo 18 del TLCAN, el cual se veía violentado en virtud de la inexistencia de reglas claras y de prácticas que definieran si Metalclad tenía o no que obtener el permiso municipal de construcción para construir el confinamiento en San Luis Potosí. Además, el principio de transparencia se había violado en el caso, porque las autoridades federales y estatales le habían hecho creer a Metalclad que el permiso no era requerido; y, finalmente, porque el municipio de Guadalcázar había fallado en su obligación de una regulación transparente, al no notificar adecuadamente a Metalclad y no dar razones adecuadas y creíbles para negar el permiso. En el laudo correspondiente se puede leer lo siguiente:

99. México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.

100. Más aún, los actos del Estado y del Municipio —y por lo tanto actos de México— incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (tales como los requerimientos establecidos para el permiso del Municipio) no justifican el incumplimiento de una obligación de un tratado. (*Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*).⁵⁷¹

3. En cuanto al tema de la expropiación, el tribunal arbitral consideró que el TLCAN incluía no solo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tuviera el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. En este tema, consideró el tribunal arbitral que:

⁵⁷¹ Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos, laudo del 30 de agosto de 2000.

104. Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.⁵⁷²

En conclusión, el Tribunal sostuvo que México había expropiado indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a esta última una indemnización por la expropiación, por lo cual México había violado el artículo 1110 del TLCAN.

4. Finalmente, el tribunal arbitral procedió a realizar la cuantificación de los daños y determinación de la indemnización con base en el “valor justo de mercado” de la inversión real de Metalclad en el proyecto. Así, México fue condenado a pagar a Metalclad la suma de US \$16.685,000.00 dentro de los 45 días posteriores a la emisión del laudo, y transcurrido dicho plazo se acumularía un interés compuesto del 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta.

México demandó la nulidad del laudo alegando, entre otras cosas, errores de derecho que podrían anular el laudo conforme a la legislación del foro del arbitraje. Cabe recordar que en razón de que el arbitraje se había realizado según las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, los tribunales domésticos podían revisar el laudo del tribunal arbitral. Es decir, bajo estas reglas, una parte puede pedir a los tribunales del lugar del arbitraje, que anule el laudo por violaciones a la legislación sobre arbitraje del foro. En este caso, Vancouver había sido escogida como el sitio del arbitraje, por lo que la revisión del laudo correspondió a un tribunal de la Columbia Británica, conforme a las leyes de esa provincia canadiense (en el caso, la Ley de Arbitraje Internacional de Columbia Británica, International Arbitration Commercial Act). Esencialmente, y con base en disposiciones de esa legislación, México alegó que el tribunal arbitral había ido más allá de su competencia y que había incurrido en violaciones a política pública de Columbia Británica.

Ahora bien, aplicando normas y estándares del sistema jurídico de Columbia Británica, la sentencia del tribunal canadiense de mayo 2 de 2001, determinó que el panel arbitral había ido más allá del alcance permitido por el acuerdo de someterse al arbitraje contenido en el capítulo 11 del TL-

⁵⁷² *Idem.*

CAN.⁵⁷³ En esencia, el juez Tysoe señaló en su sentencia que el “exceso de jurisdicción” había consistido en que el tribunal arbitral había interpretado erróneamente el artículo 1105 del TLCAN, al considerar incluidas dentro de este obligaciones de transparencia, y basar su decisión en tal concepto de transparencia. El juez Tysoe expresó: “México ha fallado en asegurar un marco transparente y predecible para la planeación empresarial e inversión de Metalclad. De ahí, el Tribunal tomó su decisión sobre la base de la transparencia. Esta era una materia más allá del alcance de la sujeción a arbitraje porque no hay obligaciones de transparencia contenidas en el Capítulo 11”.⁵⁷⁴ Asimismo, el juez Tysoe consideró que no había evidencia de una violación al artículo 1110 del TLCAN por parte de los actos anteriores al decreto ecológico emitido por el gobernador de San Luis Potosí. Sin embargo, estimó que la determinación del tribunal arbitral en el sentido de que México había expropiado la inversión y propiedades de Metalclad a través de dicho decreto no era “evidentemente irracional” (*patently unreasonable*), y que se sostenía por sí misma, al no estar basada en la falta de transparencia o en una violación al artículo 1105. Es decir, aplicando los criterios del sistema jurídico canadiense, el juez de Columbia Británica determinó que a menos que fuera “evidentemente irracional”, él no estaba facultado para sustituir el laudo del tribunal arbitral que conoció del caso Metalclad vs. México:

99. El Tribunal dio una definición extremadamente amplia de expropiación para los propósitos del Artículo 1110. Además de la más convencional noción de expropiación que implica la toma de propiedad, el Tribunal determinó que la expropiación bajo el TLCAN incluye interferencias encubiertas o incidentales sobre el uso de la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, en todo o en una parte significativa, del uso o el beneficio económico que razonablemente se puede esperar de la propiedad. Esta definición es suficientemente amplia para incluir la legítima redefinición del uso de suelo por parte de un municipio u otra autoridad con facultad para hacerlo. Sin embargo, la definición de expropiación es una cuestión de derecho con la que este Tribunal no está facultado para interferir bajo el *International Commercial Arbitration Act*.

100. El Tribunal revisó los términos del Decreto Ecológico y concluyó que había en efecto impedido para siempre la operación del confinamiento de

⁵⁷³ Señala Azuela que lo que el juez canadiense estaba tratando de hacer era “acotar, desde la lógica del estado nacional, el alcance de las decisiones de un tribunal supranacional. Es por eso que llegaba a la conclusión de que dicho Tribunal Arbitral había excedido el alcance del TLC al hacer juicios sobre la licencia municipal. Es decir, que no tenía por qué juzgar el modo en que se ejercen las atribuciones locales en alguno de los países miembros del tratado”. Azuela, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁷⁴ Sentencia del Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, en http://www.economia-snci.gob.mx/sphhp_pages/importa/sol_contro/consultoria/.

Metalclad y constituía un acto equivalente a la expropiación. Hizo referencia al Artículo noveno del Decreto, que exige que todas las actividades en el área estén sujetas a los lineamientos establecidos por el plan de administración para asegurar la conservación ecológica de la reserva de cactus. El Tribunal también hizo referencia al Artículo Catorce del Decreto, que prohíbe la derrama o descarga de agentes contaminantes en el suelo, subsuelo o agua del área de reserva. En mi opinión, la conclusión del Tribunal en el sentido de que la expedición del Decreto era un acto equivalente a la expropiación no es evidentemente irracional.

Por otro lado, resulta relevante destacar en este análisis el punto problemático relativo al carácter ‘comercial’ o ‘público’ de los estándares y criterios que la Suprema Corte de Columbia Británica habría de aplicar al resolver la revisión solicitada. El tema se relaciona con la discusión que arriba revisamos acerca de la penetración en la esfera pública del modelo de arbitraje privado contenido en los tratados bilaterales de inversión.

Como se puede ver en su sentencia, el juez Tysoe consideró que el laudo debía ser juzgado con los estándares limitados que se aplican a un laudo arbitral que surge de una disputa privada entre las partes de un contrato comercial. De ahí deriva el criterio de ‘patently unreasonable’ que aplicó para valorar el decreto expropiatorio del gobernador de San Luis Potosí. Su razonamiento fue el siguiente: la ley aplicable para revisar el laudo era la International Commercial Arbitration Act (ICAA), según la cual un arbitraje es ‘comercial’ si surge a partir de una serie de relaciones que enlista el artículo 1(6) de dicha ley, entre las cuales se incluye la “inversión” (inciso (p)), a pesar de que no exista una relación contractual. Siendo esto así, los estándares de revisión son los de la ICAA —concluyó Tysoe—.

Los estándares de dicha ley aplicables al caso están limitados a los siguientes:

- a. Que el laudo verse sobre una disputa que no esté contemplada o no entre en los términos de la sumisión al arbitraje, o que contenga decisiones sobre materias que vayan más allá del alcance de la sumisión al arbitraje; o
- b. Que la composición del tribunal del arbitraje o el procedimiento de arbitraje no esté de acuerdo con el convenio de las partes.
- c. Que el laudo entre en conflicto con política pública de Columbia Británica.

Por otra parte, el juez Tysoe aludió en su razonamiento al caso *Quintette Coal Limited v. Nippon Steel Corporation* (1991), como precedente judicial

relevante, del cual se desprende un principio general de deferencia y de intervención judicial mínima en la revisión de laudos arbitrales de comercio internacional.

Cabe añadir que el juez Tysoe también empleó la doctrina del error ‘evidentemente irracional’, puesto que México lo invocó, argumentando que podía ser visto como una variedad del concepto de ‘exceso de jurisdicción’ contenido en la ICAA, o bien como un factor independiente para determinar una anulación del laudo por ser contrario a la política pública de Columbia Británica.

En suma, todos estos son criterios derivados de la consideración de la disputa como una controversia ‘comercial’ a la que se aplicarían los criterios de revisión limitados de la ley aplicable al caso, es decir, la ICAA.

Ahora bien, el gobierno de Canadá, a través del abogado general, decidió intervenir en el procedimiento, en razón de la relevancia que el TLCAN y su interpretación tiene para el país y para los futuros litigios. En el escrito que para el efecto presentara, el abogado general consideró —a diferencia de Tysoe— que el estándar a utilizar debía ser la ‘perspectiva pragmática y funcional’, desarrollada por la Suprema Corte de Canadá para revisar decisiones de tribunales administrativos domésticos.⁵⁷⁵

En efecto, entre los puntos principales de su intervención, el abogado general sostuvo que las disputas de capítulo 11 no eran de arbitraje comercial privado, lo cual a su vez debía tener un reflejo en la selección del estándar de revisión adecuado, que no era otro que la ‘perspectiva pragmática y funcional’ de la Suprema Corte de Canadá. El conflicto era inherentemente de naturaleza pública, pues estaban sujetas a revisión medidas públicas. Se trataba de valorar actos legislativos y administrativos que tienen que ver con temas de salud pública y medio ambiente, y no comerciales.

El abogado general identificó diferencias entre arbitraje privado y el arbitraje del capítulo 11 del TLCAN:

- a. Los derechos de los inversionistas derivan de un acuerdo internacional entre tres Estados partes, pero ellos no son partes en el TLCAN. Esto tiene un impacto en contra de la confidencialidad de los procedimientos dentro del arbitraje. Los inversionistas no tienen un derecho a la privacidad dentro del mismo. No hay una vinculación contractual entre las partes de la disputa ni un convenio arbitral entre ellos.

⁵⁷⁵ Documento disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB65/mexa.pdf>.

- b. Las partes en los procedimientos del capítulo 11 no se limita a las partes en disputa, como sucede en el arbitraje comercial privado, como se deriva de los artículos 1127, 1128 y 1129 del TLCAN.
- c. Varios aspectos del arbitraje del capítulo 11 son públicos:
- El resultado puede tener interés para el público en general; hay o puede haber un interés público involucrado.
 - No hay una regla en el TLCAN que prohíba la publicidad o la apertura en relación con los procedimientos arbitrales.
 - Las partes no están sujetas a una regla general de confidencialidad, como en el caso del arbitraje privado.
 - Se permite la participación de personas que no son partes, a través de *amicus curiae*.
 - El hecho de que el propio TLCAN tenga que establecer expresamente que las reclamaciones de capítulo 11 se considerarán como surgidas de una relación u operación comercial (para efectos de su ejecución por vía de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975), prueba que las disputas que implican actos legislativos o administrativos de los Estados no son ‘comerciales’.⁵⁷⁶

Por estas razones —consideró el abogado general— los criterios de revisión debían ser más amplios, tal como los que se desprenden de la ‘perspectiva pragmática y funcional’, la cual toma en cuenta elementos como los siguientes: la presencia o ausencia de una *privative clause*;⁵⁷⁷ la pericia técnica (*expertise*) relativa del tribunal, en comparación con la de la Suprema Corte; la naturaleza de la decisión que debe tomarse (si es una cuestión de derecho o de hecho); si la decisión a adoptarse es ‘policéntrica’ (esto es, que necesariamente implica la consideración de temas en conflicto y multifacéticos), y el propósito de la disposición y los instrumentos legales.

En suma, a juicio del abogado general de Canadá, el arbitraje del capítulo 11 debía ser considerado como ‘público’ y no como ‘privado’, por lo

⁵⁷⁶ Artículo 1136.7 del TLCAN: “7. Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial”.

⁵⁷⁷ En Canadá, las *privative clauses* son disposiciones introducidas por la propia legislatura dentro de las leyes que aprueba, que buscan excluir dichas leyes de la revisión por parte de los tribunales.

que los tribunales arbitrales de ese capítulo no debían gozar de deferencia judicial extensa y no debían estar protegidos por un alto estándar de revisión judicial.⁵⁷⁸

En su sentencia, se puede ver cómo es que el juez Tysoe valoró la opinión del abogado general de Canadá. Sin embargo, consideró que no debía aplicar la doctrina relativa a la ‘perspectiva pragmática y funcional’, pues esta solo era aplicable —señaló— en casos de revisión de decisiones de tribunales creados por ley, y no a laudos de tribunales arbitrales.

A final de cuentas, la Suprema Corte de Columbia Británica no anuló el laudo en su totalidad. Solo lo hizo en la parte correspondiente a la determinación del monto a pagar por concepto de indemnización, y específicamente en lo que tiene que ver con el cálculo de los intereses originalmente establecidos como pago a Metalclad.

5. *Crítica al laudo en el caso Metalclad vs. México*

Como era de esperarse, el laudo del caso Metalclad vs. México suscitó una discusión muy importante, pues permitió medir los alcances que tiene o puede tener el mecanismo de resolución de disputas contenido en el capítulo 11 del TLCAN. Entre los principales críticos de la decisión destaca Antonio Azuela, quien examina tres elementos específicos de la argumentación del tribunal arbitral. Primero, la idea de que los gobiernos deben proporcionar orientación jurídica a los inversionistas despistados. Para Azuela, Metalclad hace creer al tribunal que estaba desorientado respecto a la necesidad de contar con una licencia municipal y este (es decir, el tribunal) inventa que los Estados tienen la obligación de guiar a los inversionistas por el camino correcto. “La ineptitud de estos últimos se vuelve así un problema de estado y se crea una nueva forma de proteccionismo, ya no para las empresas nacionales sino para las extranjeras”.⁵⁷⁹

En segundo lugar, critica Azuela que el tribunal haya tomado por cierto el dicho de Metalclad en el sentido de que funcionarios federales ‘les dijeron’ que no requerían licencia municipal para construir el confinamiento.

⁵⁷⁸ Abogado general de Canadá, *op. cit.*

⁵⁷⁹ Azuela se refiere aquí a lo sostenido por el tribunal arbitral en el numeral 76 del laudo: “Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes”. Azuela, *op. cit.*, pp. 50-52.

Ello supone un sesgo en favor de la empresa, al no exhibirse nunca pruebas al respecto. El tribunal no dudó en dar por buena la afirmación de Metalclad, a pesar de que México lo negó rotundamente.⁵⁸⁰

En tercer lugar, observa Azuela que el tribunal arbitral desestimó con gran facilidad las atribuciones que la Constitución otorga a los municipios en materia de usos de suelo:

Mientras por un lado hace suyos los argumentos de Metalclad en el sentido de que no se requería la intervención del Municipio, cuando se trata de considerar los argumentos de México simplemente dice: ‘Sin embargo, los peritos de México en derecho constitucional expresaron una opinión diferente’. Hasta ahí llegó la discusión. En ninguna parte del laudo se explica porqué esa ‘opinión diferente’ no era aceptable.

En general, Azuela advierte un sesgo del tribunal arbitral en favor del inversionista extranjero.⁵⁸¹

Finalmente, debemos hacer notar algunas de las implicaciones que la decisión tiene en relación con el derecho mexicano. Por ejemplo, a partir del caso examinado ha quedado abierta la posibilidad de que los inversionistas extranjeros desafíen decisiones gubernamentales de los estados y municipios, en ejercicio de funciones públicas sobre temas relevantes tales como protección del medio ambiente y de la salud pública y la regulación de los asentamientos humanos. Esta circunstancia, a su vez, tiene el potencial de disminuir la autoridad regulatoria de la federación, de los estados y de los municipios, sobre todo si tomamos en cuenta la vaguedad de los conceptos de “trato justo y equitativo” del artículo 1105 (¿con qué criterios decidirá un tribunal cuándo se está o no ante un trato justo y equitativo al inversionista extranjero?) y la amplia definición de expropiación del artículo 1110 del capítulo 11 del TLCAN; además de que la lectura amplia de expropiación del tribunal arbitral en términos de ‘actos equivalentes a la expropiación’ y ‘expropiación indirecta’⁵⁸² da a los inversionistas extranjeros

⁵⁸⁰ *Idem.*

⁵⁸¹ *Idem.*

⁵⁸² Para Cremades y Cairos, esta definición es muy amplia, pues abarca expropiación ‘directa’ e ‘indirecta’ y también medidas ‘equivalentes a la expropiación’. Esto último equivale a lo que en Estados Unidos se conoce como *regulatory takings*: “Un *regulatory taking* es una reducción en el valor de un bien como resultado de regulación gubernamental. Una disposición en un tratado multilateral o bilateral de inversión que prohíbe la expropiación indirecta combinada con las disposiciones sobre arbitraje inversionista-Estado da a un inversionista la capacidad de buscar compensación por pérdidas que deriven de regulaciones que reducen el valor de sus bienes. El inicio de tal arbitraje no atenta contra la legitimidad del poder de

(de Estados Unidos y Canadá) protecciones de derechos de propiedad que van más allá de los que otorga la Constitución mexicana a los inversionistas y propietarios mexicanos.⁵⁸³

producir regulación ni necesariamente impugna los objetivos de política de las regulaciones, pero la distinción entre una demanda de compensación y un reto a la legitimidad de regulaciones es fácilmente perdida en la política de temas ambientales, salud pública y seguridad, y otros similares. El resultado es que tal arbitraje puede presentar al tribunal algunas cuestiones muy cargadas políticamente”. Además, señalan en relación con el caso *Metalclad v. EUM*: “La amplitud de la expresión expropiación indirecta crea falta de certeza entre los empresarios, los servidores públicos y sus asesores jurídicos en cuanto a la frontera apropiada entre regulación legítima sin compensación y un *regulatory taking* o expropiación indirecta. Esta falta de certeza incrementa la probabilidad de que emerjan disputas que requieran arbitraje y, por tanto, de laudos que traten con (o parezcan tratar con) conflictos entre obligaciones de comercio y opciones de política doméstica o social. Tales laudos inevitablemente habrán de ser empleados para propósitos políticos, con la consecuencia de más reclamos de tribunales secretos y anónimos y temores de la erosión de la democracia y la soberanía. El amplio —pero vago— derecho de los inversionistas extranjeros a una compensación por expropiación hoy continuará poniendo a los arbitrajes inversionista-Estado en conflicto con grupos que usan la regulación doméstica para hacer avanzar sus propias agendas políticas, tales como grupos ambientalistas y de salud pública, la falta de rendición de cuentas democrática del arbitraje significa que puede fácilmente ser descrita por tales grupos, así como por políticos nacionalistas y activistas anti-globalización, como una herramienta de las grandes empresas. El problema de credibilidad que enfrenta el arbitraje inversionista-Estado es que, constitucionalmente y políticamente, las implicaciones públicas del derecho a compensación por expropiación no embona bien con una institución privada”. Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

⁵⁸³ Rábago Dorbecker, *op. cit.*, pp. 470 y 471.