

## CAPÍTULO 12

# El impacto del ALCA en la gobernanza democrática

*Peter Evans y Mark Barenberg*

Las consecuencias del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) para la gobernanza en el hemisferio son probablemente igual de importantes que sus efectos sobre el flujo de bienes y capitales. Y a pesar de ello, los analistas políticos se han concentrado en los cambios previsibles en esos flujos económicos, ignorando en su mayor parte los efectos potencialmente profundos que puedan tener sobre la gobernanza. Este capítulo pretende restablecer el equilibrio. Subraya algunas de las características probables que tendrán las normas que regulen la gobernanza en el ALCA, y evalúa sus consecuencias para la gobernanza democrática, el Estado de derecho y las capacidades del Estado para impulsar el desarrollo económico equitativo en el hemisferio.

## INTRODUCCIÓN

Las instituciones para la gobernanza están constituidas por las reglas, prácticas y organizaciones que permiten que las sociedades deliberen a cerca de qué fines consideran deseables, opten por el conjunto de normas y estructuras administrativas que permitan realizar mejor esos fines, pongan en práctica esas opciones, decidan sobre las disputas que surgen en torno a la puesta en práctica de las mismas, y se ocupen de la evaluación reflexiva, la experimentación y la transformación de las instituciones<sup>1</sup>. Como los historiadores de la economía nos han dejado claro, entre ellos Douglas North (1981; 1986; 1990), las diferencias en la calidad de estas instituciones proporcionan las mejores explicaciones históricas acerca de las tasas diferenciales de crecimiento económico entre distintos países. Hay también consenso en el hemisferio sobre que las instituciones para la gobernanza deben ser democráticas. La mayoría defendería que los requisitos a largo

---

\* Agradecemos a Hope Mohr, Malcolm Fairbrother, Avri Beard, Lorena Peralta, Heather Carey, Kate Caldwell y Sarah Staveteig por su invaluable ayuda en la investigación de este capítulo. También agradecemos a los participantes en dos de las conferencias preparatorias patrocinadas por INTAL/IDB-Harvard/DRCLAS por sus útiles comentarios a los diversos borradores del capítulo.

<sup>1</sup> Al menos en el mínimo sentido de combinar las libertades civiles básicas –entre las que estaría la libertad de asociación– con los sistemas de elección de líderes políticos basados en el criterio de una persona, un voto, y la resolución de conflictos transparente y jurídica. A lo largo de este capítulo proponemos concepciones más sólidas de la gobernanza democrática.

plazo para la prosperidad económica incluirían algunas concepciones deseables de gobernanza democrática, Estado de derecho y capacidad estatal adecuada<sup>2</sup>.

El ALCA instaurará por primera vez «normas básicas constitutivas» para la gobernanza hemisférica, lo pretenda o no<sup>3</sup>. Por tanto, tres de las preguntas más importantes que debemos realizar sobre el ALCA son: ¿hará las instituciones para la gobernanza del hemisferio más o menos democráticas? ¿Promoverá una concepción deseable del Estado de derecho? ¿Fortalecerá las capacidades estatales que permiten promover el desarrollo económico equitativo?

La segunda sección de este capítulo examina la pregunta básica de cuáles son los nuevos acuerdos para la gobernanza que propone el ALCA y que probablemente se aprobarán. Basándonos en el texto y en la historia de la negociación del futuro ALCA, encontramos que las instituciones actuales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), especialmente aquellas contempladas en su Capítulo 11, y que se refieren a los derechos de los inversionistas, muy probablemente formarán la base de la gobernanza en el ALCA. El enfrentamiento político sobre el alcance del Capítulo 11 en el hemisferio puede verse en los debates del Congreso estadounidense o en el desacuerdo abierto entre la comunidad de negocios hemisférica<sup>4</sup>. Uno de los fines prácticos fundamentales de este capítulo es contribuir a este debate.

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Rodrik (1999), que argumenta que podría ser «útil pensar en las instituciones políticas participativas como metainstituciones que estimulan y agregan el conocimiento local y ayudan, por tanto, a construir mejores instituciones». Incluso aquellos escépticos de la existencia de una conexión sistemática entre las instituciones democráticas y mayores niveles de crecimiento económico estarían de acuerdo en que no existe ninguna prueba de que las instituciones no democráticas contribuyan a la existencia de mayores tasas de crecimiento de una manera sistemática y predecible. Puesto que todos los Estados que participan en el ALCA le dan un alto valor intrínseco a las instituciones democráticas en sí mismas, la evidencia de que existe una contribución superior al crecimiento gracias a instituciones no democráticas tendría que ser avasalladora e incontrovertible, mucho antes de poder considerar el abandono de la democracia como el principal criterio para juzgar las instituciones, e incluso entonces es improbable que la mayoría de los ciudadanos del hemisferio estuvieran de acuerdo en abandonar sus derechos democráticos conscientemente.

<sup>3</sup> Usamos el término normas de base «constitutivas» con respecto no sólo a las constituciones formales, sino también a los regímenes legales y prácticas informales que constituyen las normas fundamentales de la normatividad social y económica. Por tanto, no necesitamos preguntarnos si las normas de base del TLCAN reúnen las «condiciones de existencia» de una constitución en el sentido jurídico tradicional.

<sup>4</sup> Las referencias al Capítulo 11 no pueden considerarse un «trámite burocrático» o un «error», que no es probable que se incluyan en el ALCA. Al contrario, los negociadores del TLCAN que formularon el Capítulo 11 dejaron abundantemente claro que las disposiciones reflejaban sus intenciones y que deberían ser, en su opinión, primordiales en los tratados futuros. El fracaso del consenso ocurrió en el VII Foro Empresarial de las Américas en Quito. Véase <http://www.abfecaudor2002.com>.

A continuación, la tercera sección presentará las principales características procedimentales y sustantivas del Capítulo 11, y explicará por qué las consecuencias de esas normas para la gobernanza regional deben tomarse seriamente, incluso en esta etapa inicial de integración regional<sup>5</sup>.

El centro de nuestro análisis se presenta en la cuarta sección, que muestra que las instituciones del Capítulo 11 sufren defectos severos con respecto a la democracia, el Estado de derecho y la eficacia administrativa. Sin perjuicio de estos déficits, los tribunales del Capítulo 11 han instaurado en el continente varios principios fundamentales del Estado regulador anterior al *New Deal* en Estados Unidos, aunque la oposición democrática nacional haya rechazado recientemente la restauración de la «Constitución exiliada» que representa precisamente el *laissez-faire*. De manera similar, el modelo del TLCAN ha impuesto sanciones a las prácticas legislativas democráticas y constitucionales de México y Canadá, y, si llegara a extenderse por todo el hemisferio, derogaría normas análogas en Argentina, Brasil y otros países.

Otro objetivo importante de este ensayo es abrir el debate acerca de qué instituciones regionales podrían tener consecuencias positivas para la gobernanza democrática, el Estado de derecho y la capacidad estatal. La quinta sección de este capítulo inicia esa tarea. En la búsqueda de modelos positivos que reúnan esas características, dirigimos nuestra atención hacia las disposiciones laborales del acuerdo del TLCAN. A pesar de sus graves deficiencias, el acuerdo suplementario en materia laboral promueve, en principio, mejoras de los derechos sociales domésticos, más que su suplantación. Ofrecemos principios generales que podrían reforzar la débil estructura del acuerdo suplementario y que generarían una participación sólida, institucionalizada y políticamente diversa que contribuiría al componente formalmente democrático del acuerdo.

Basándonos en nuestro análisis del funcionamiento de las disposiciones para la gobernanza incorporadas en el TLCAN, concluimos que el futuro ALCA tendrá probablemente un efecto negativo en la democracia, el Estado de derecho y las capacidades estatales en el hemisferio, a menos

---

<sup>5</sup> Este capítulo deja a un lado las cuestiones tremendamente indeterminadas de si el comercio y la inversión libres producirían indirectamente y a largo plazo una gobernanza más democrática y efectiva. En lugar de ello, nos concentramos en las instituciones actuales creadas directamente por el TLCAN y en sus efectos inmediatos en la gobernanza, que es un propósito mucho menos especulativo. Las instituciones del Capítulo 11 son los únicos mecanismos relevantes nuevos de gobierno para hacer cumplir las obligaciones del TLCAN. Aunque el Capítulo 11 es sólo una de las normas relevantes en el texto que establecen la constitución económica del TLCAN, los árbitros de los tribunales del TLCAN han declarado que los principios fundamentales de las extensas normas comerciales del Tratado y de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se incorporan a las ya amplias disposiciones sobre inversión del TLCAN. Por tanto, esos principios comerciales, junto con la normatividad sobre inversión, son actualmente exigibles por los inversionistas privados de conformidad con el Capítulo 11.

que se revisen profundamente las posibles instituciones para la gobernanza recogidas en el ALCA, y el proceso crucial de negociación en el interior de las mismas.

## ¿CUÁLES SON LAS NORMAS RELATIVAS A LA GOBERNANZA QUE PROBABLEMENTE SE INCLUIRÁN EN EL ALCA?

El contenido de las disposiciones del ALCA no se conocerá hasta que el tratado se redacte totalmente y se haga público. Entonces puede que sea demasiado tarde para someterlo a un debate y una deliberación auténticos. Por consiguiente, debemos estudiar la evidencia actualmente disponible acerca de las normas para la gobernanza que eventualmente puedan aprobarse.

En el borrador más reciente del ALCA, que se hizo público tras la reunión ministerial de Quito que tuvo lugar en noviembre de 2002, las principales normas para la gobernanza aparecían entre corchetes, indicando así que estaban inconclusas. En el interior de esos corchetes se repite el texto del Capítulo 11 del TLCAN, junto con posibles revisiones adicionales que, aun adoptándose, no alterarían la estructura básica del modelo del Capítulo 11.

Aunque el carácter del proceso de negociación no predice necesariamente el contenido de su resultado, su historia es consistente con la idea de replicar el modelo del TLCAN<sup>6</sup>. Durante los ocho años transcurridos desde que los 34 Gobiernos que participaban en la primera Cumbre de las Américas acordaran negociar un tratado comercial hemisférico en diciembre de 1994, ha habido ocho reuniones ministeriales. La composición del equipo negociador estadounidense es un reflejo de la de los otros países: 17 de los 21 negociadores proceden de la oficina del United States Trade Representative (USTR; el representante para asuntos comerciales de Estados Unidos)<sup>7</sup>. La composición es muy parecida en los equipos que negocian el TLCAN: funcionarios designados por el Gobierno que tienen portafolios estrictamente económicos. No existe participación de representantes electos o de funcionarios designados por el Gobierno cuyo mandato abarque temas más amplios de gobernanza democrática.

<sup>6</sup> La expectativa de que las disposiciones del ALCA terminarán imitando aquellas del TLCAN se encuentra reforzada por el hecho de que el texto del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Canadá (CCFTA), firmado en diciembre de (1996), fue un fiel reflejo del texto del TLCAN, con el propósito aparente de Chile de poder incorporarse después a este último tratado.

<sup>7</sup> Véase <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/sub.pdf> para una lista completa. El equipo del USTR se ve complementado por un abogado del Departamento de Justicia que trabaja en el sector de la política de competencia, los representantes del Departamento de Comercio, y un único representante del Departamento de Estado a cargo de la participación de la sociedad civil. Véase la explicación a continuación.

Desde el comienzo se presentaron incansables peticiones de una variedad de grupos sociales que reclamaban acceso al proceso de negociación. Todas ellas fueron rechazadas<sup>8</sup> (las peticiones para ver simplemente el texto del borrador preliminar del acuerdo se rechazaron hasta que se realizaron las protestas turbulentas en Quebec en la primavera de 2001). Se creó finalmente un «Comité de representantes gubernamentales para la participación de la sociedad civil» en 1998, tres años después de que comenzaron las reuniones ministeriales. El proceso del Comité, sin embargo, consistía en una urna de sugerencias, y se percibió como una «bofetada» a las organizaciones de la sociedad civil (OSC)<sup>9</sup>. Los esfuerzos más recientes por incrementar el papel de la sociedad civil, como el primer foro regional del ALCA celebrado en Mérida en julio del 2002, parece ser reconocimientos reticentes motivados por un problema de relaciones públicas, en lugar de esfuerzos reales por incorporar a los grupos de la sociedad civil<sup>10</sup>. Ciertamente, la reunión ministerial de Quito contempló el primer encuentro cara a cara entre ministros y representantes de las OSC, pero fue un encuentro simbólico, más que una discusión de fondo.

Hay una destacada excepción al carácter excluyente del ALCA. El Foro Empresarial de las Américas se reunió por primera vez en julio de 1995, inmediatamente después de la primera Reunión Ministerial para el Comercio. El resto de las veces el Foro se ha reunido justo antes de cada reunión ministerial, incluyendo la más reciente en Quito, en el mismo local que los negociadores oficiales y con amplio acceso a ellos. Antes del primer Foro Empresarial, el subsecretario de comercio del presidente Clinton declaró: «Esperamos que los empresarios se reúnan sector por sector y proporcionen indicaciones al Gobierno acerca de qué es lo que se requiere que se haga en términos de libre comercio e inmigración»<sup>11</sup>. Aunque es difícil cuantificar la influencia del Foro Empresarial en las reunio-

<sup>8</sup> La exclusión de los grupos de la sociedad civil del proceso del ALCA contrasta, y es interesante observarlo, con los esfuerzos relativamente sistemáticos por implicar a la organización de la sociedad civil en al menos las dos primeras Cumbres de las Américas. Véase Korzeniewicz y Smith (2001, 4-10).

<sup>9</sup> Korzeniewicz y Smith (2001, 10) resumen los resultados de este esfuerzo como sigue: «... el hecho de que el informe final del comité de la sociedad civil del ALCA no contuviera ninguna de las recomendaciones sustantivas presentadas por las OCS [organizaciones de la sociedad civil] se interpretó por los 'participantes' y los 'observadores' como un bofetada».

<sup>10</sup> Por ejemplo, los panelistas del «Panel de la Sociedad Civil y de la Transparencia» (uno de los tres en la reunión de Mérida) eran un funcionario del Ministerio de Exteriores canadiense en año sabático en una fundación canadiense, el consejero especial de la U.S. Humane Society (que se ocupa de los derechos de los animales) y el presidente de Ficomext (estudiantes y graduados de administración de empresas socialmente responsables). En resumen, prácticamente no había ninguna conexión con las OSC que habían exigido el diálogo durante los ocho años anteriores.

<sup>11</sup> Associated Press, 28 de junio de 1995, *Business News*, AM cycle, por Sandy Shore, AP Business Writer.

nes ministeriales, las efusiones posministeriales del Foro sugieren que las expectativas mutuas de los negociadores y los dedicados al cabildeo quedan satisfechas<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta todo esto, la historia de las negociaciones da poco pie para pensar que las normas para la gobernanza del ALCA se desviarán sustancialmente del modelo TLCAN, al menos en ausencia de una reconfiguración política significativa. Estas normas pueden, sin embargo, alinearse más estrechamente con las propuestas del grupo de presión empresarial transnacional representado en el Foro. Ello requiere un análisis de la manera en que el modelo del TLCAN ha comenzado a dar forma a las instituciones regionales y domésticas para la gobernanza<sup>13</sup>.

## EL MODELO DE GOBERNANZA DEL TLCAN (Y DEL POSIBLE ALCA)

Muchas de las características de la arquitectura del TLCAN afectan los procesos y la sustancia de la gobernanza. Esta sección describe sólo las normas laborales y las relativas a la inversión de ese Tratado. No obstante, estos dos conjuntos de normas tienen un impacto especialmente sobresaliente en la gobernanza. No es sorprendente, por consiguiente, que estas normas estén entre las características políticamente más controvertidas del TLCAN. Aun más importante para los propósitos de nuestra investigación es que los grupos de las normas laborales y las relativas a la inversión del TLCAN incorporan cada uno de ellos modelos divergentes de gobernanza regional y doméstica. Estos modelos se analizan en las secciones cuarta y quinta de este capítulo.

---

<sup>12</sup> Véase <http://www.abfecuador2002.com>. Antes de la séptima reunión ministerial que debía celebrarse en Quito en noviembre de 2002, la página web del Americas Business Forum-Ecuador prometió que «los empresarios que se reunirán en Quito para asistir al VII Foro de Negocios de las Américas, los días 30 de octubre y 1 de noviembre de este año, tendrán la gran oportunidad de analizar el borrador de acuerdo y de realizar cualquier recomendación o propuesta necesarias dirigidas a definir mejor el documento base.» Véase [http://www.abfecuador2002.com/abf/ingles/in\\_presentacionenglish.htm](http://www.abfecuador2002.com/abf/ingles/in_presentacionenglish.htm)

<sup>13</sup> Estados Unidos concluyó recientemente acuerdos bilaterales comerciales con Chile y Singapur. Hasta la fecha, los textos de estos acuerdos no se han hecho públicos. Los resúmenes oficiales de esos acuerdos indican que el procedimiento entre inversionistas y Estados permanece intacto. Es igualmente importante que varias protecciones expansivas materiales para los inversionistas permanecerían inalteradas, salvo por las normas antiexpropiatorias del TLCAN, que son ligeramente revisadas en esos acuerdos bilaterales. Como se explica en la Parte IV, las protecciones mencionadas plantean una mayor amenaza a la gobernanza democrática, los derechos sociales, la capacidad institucional estatal y el Estado de derecho de lo que lo hacen las normas de expropiación, aunque estas últimas han sido el elemento principal de enfrentamiento político hasta ahora.

## Las normas sobre inversión del TLCAN

El Capítulo 11 del TLCAN establece protecciones procedimentales y sustantivas para la inversión extranjera, entre las cuales se encuentran las medidas de protección más amplias que se les hayan concedido a los inversionistas extranjeros en cualquier acuerdo de inversión multilateral hasta el momento (Brand y Zamora 1990; Dolzer y Stevens 1995)<sup>14</sup>.

### *Las protecciones sustantivas conferidas a los inversionistas extranjeros*

La Parte A del Capítulo 11 enumera las normas de control sustantivas impuestas por el TLCAN a los Estados miembros<sup>15</sup>. Los inversionistas tienen derecho a ser compensados: *a*) por las medidas administrativas que concedan a los inversionistas extranjeros un tratamiento menos favorable que a los inversionistas domésticos (de acuerdo con el «estándar de tratamiento nacional» del artículo 1102); *b*) por las medidas que concedan a los inversionistas extranjeros de un Estado un tratamiento menos favorable que a los inversionistas extranjeros de otros Estados (conforme el «estándar de la nación más favorecida» del art. 1103); *c*) por las actuaciones que no concedan a los inversionistas estándares mínimos para un «trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como una protección y seguridad plenas», tal y como se definen por el derecho internacional (de conformidad con los «estándares internacionales mínimos» del art. 1105); *d*) impongan ciertos requisitos enumerados de desempeño a las inversiones extranjeras (según el art. 1106); *e*) nacionalicen o expropien las inversiones extranjeras «directa o indirectamente» o mediante cualquier medida «equivalente a la expropiación o la nacionalización» (según el art. 1110)<sup>16</sup>.

Las interpretaciones arbitrales del TLCAN de estas amplias protecciones a los inversionistas\* se discutirán posteriormente en la sección cuarta.

<sup>14</sup> Existen en vigor más de 1.800 tratados bilaterales de inversión o «TBI.» Las normas fundamentales del Capítulo 11 formaban la columna vertebral del texto para la negociación del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones de la OCDE, que se abandonó en última instancia.

<sup>15</sup> En este capítulo, los firmantes del TLCAN se denominan «Estados miembros.» El TLCAN se refiere a los Estados firmantes como «partes,» pero usar este término puede causar confusión en referencia a las «partes» en los casos del Capítulo 11, que se estudian repetidamente en este texto.

<sup>16</sup> El artículo 1110 concede protección contra la expropiación, no sólo de la «propiedad» (el interés protegido tradicionalmente de conformidad con las leyes de expropiación domésticas e internacionales), sino más ampliamente de las «inversiones,» definidas como cualquier empresa, valores o cualquier otro derecho a participar en los ingresos o en los beneficios de una empresa, préstamos, propiedad inmobiliaria o cualquier otra propiedad tangible o intangible. Véase el artículo 1139 del TLCAN.

\* Aunque prefiero la palabra «inversor» a «inversionista,» la traducción oficial del tratado usa este último término y así lo he traducido y uso en estas páginas. (N. del T.)

Los inversionistas han presentado casos apoyándose en el Capítulo 11 en los que exigen indemnizaciones al Estado por normas legales estatales como: la decisión del gobernador de California de eliminar escalonadamente el aditivo MTBE a la gasolina; una sentencia de un tribunal de primera instancia de Mississippi en un caso mercantil; el establecimiento de una reserva ecológica por un gobernador de un Estado mexicano; la prohibición de usar el peligroso pesticida lindano establecida por la Canadian Pest Management Authority; la normativa del estado de British Columbia en Canadá sobre exportaciones de agua potable; y la normativa del Ministerio de Medioambiente canadiense regulando los residuos de PCB de conformidad con el Convenio de Basilea, un tratado multilateral sobre el transporte de residuos peligrosos<sup>17</sup>.

Hasta la fecha, los inversionistas han presentado 29 reclamaciones basándose en el Capítulo 11 del TLCAN, y los árbitros han decidido sobre el fondo de la cuestión en diez de esos casos. Un número relativamente tan pequeño de casos no puede darnos ninguna guía definitiva acerca de las normas nacionales que, llegado el caso, podrían impugnarse con éxito basándose en el TLCAN. Sin embargo, esos casos señalan las cuestiones centrales que enfrentarán probablemente los tribunales del Tratado y el rango de decisiones sustantivas que generarán.

El pequeño número de casos del Capítulo 11 no permite valorar apropiadamente el impacto práctico de esas normas. Como puede observarse históricamente, las grandes transformaciones de la gobernanza nacional han comenzado a veces partiendo de un conjunto de casos seminales igualmente pequeños. Hay un importante ejemplo, el de la llamada «Era Lochner» del *laissez-faire* en Estados Unidos, que presenta un parecido cercano con la arquitectura emergente para la gobernanza que se refleja en los casos del Capítulo 11. Este parecido se discutirá posteriormente en la sección cuarta.

Las importantes reclamaciones presentadas con base en el Capítulo 11 han disparado también otras reclamaciones imitadoras (y legítimas), basadas en normas similares de los más de 1800 tratados de inversión bilateral que se encuentran hoy en vigor<sup>18</sup>. Además, los inversionistas amenazan ahora con presentar reclamaciones basadas en el Capítulo 11 con el propó-

<sup>17</sup> Tanto los inversionistas como los Gobiernos han seguido de cerca y debatido el significado de los pocos casos nuevos que se han presentado en el TLCAN bajo el presupuesto de que estos casos proporcionan, de hecho, una importante fuente interpretativa para valorar cuáles podrían ser los resultados de las futuras reclamaciones y la posibilidad de que se aceptasen las futuras medidas legislativas.

<sup>18</sup> Entrevistas con los funcionarios gubernamentales de Estados Unidos, Canadá y México (26 y 27 de abril, 2002). El número preciso de esas reclamaciones no se conoce, debido a la naturaleza no pública de los procedimientos de los TBI, similar en su falta de transparencia a los procedimientos del TLCAN que se discuten a continuación.



sito de presionar políticamente a los Gobiernos norteamericanos que promulgan o intentan hacer cumplir determinadas leyes (Mann 2002, 28). Los usos estratégicos del Capítulo 11 tuvieron un papel destacado en las campañas que consiguieron derrotar iniciativas legislativas importantes, como la regulación canadiense propuesta para el empaquetado de cigarrillos y el aditivo MMT de la gasolina. Según los legisladores y administradores estadounidenses, la posibilidad de que los inversionistas presenten reclamaciones basadas en el Capítulo 11 contra el fisco público ha tenido un efecto paralizante sobre la nueva normativa económica y social, incluso en ausencia de reclamaciones efectivas o de amenazas de reclamación.

### ***Los procedimientos para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados***

En el derecho internacional son los Estados los que, por lo general, tienen derechos y los que deben hacerlos cumplir. Por tanto, en el derecho internacional las reclamaciones suelen darse típicamente de un «Estado a otro Estado.» Las normas sobre inversión del TLCAN suponen una desviación a esa norma. La Sección B del Capítulo 11 crea un mecanismo de resolución de disputas entre los inversionistas y el Estado (MRDIE). A través de ese mecanismo, un inversor privado de un Estado miembro puede someter a arbitraje su pretensión de que otro Estado miembro haya violado sus obligaciones sustantivas contenidas en la Sección A. Un peticionario exitoso recibe una indemnización monetaria.

Los inversionistas pueden presentar sus reclamaciones basadas en el TLCAN acogiéndose a uno de los tres regímenes arbitrales reconocidos por el Banco Mundial o las Naciones Unidas<sup>19</sup>. Cada uno de estos tres sistemas tiene sus propios procedimientos de arbitraje generales, que se desarrollaron originalmente para la resolución de disputas comerciales entre empresarios privados. Dentro de estos procedimientos generales, cada tribunal del TLCAN es libre de establecer sus propias normas de procedimiento y pruebas.

El TLCAN no establece un cuerpo permanente de jueces independientes, ni un sistema de apelación<sup>20</sup>. Cada tribunal de MRDIE es un órgano *ad*

<sup>19</sup> Los tres sistemas son: el International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID); el Additional Facility Rules del ICSID; y las Arbitration Rules of the United Nations Center for International Trade Law (Uncitral).

<sup>20</sup> Si la parte condenada se niega a cumplir con el laudo arbitral, el inversionista puede solicitar el cumplimiento forzoso en los tribunales domésticos situados en el lugar de ejecución del laudo. Sin embargo, las reglas de los tres tipos de órganos arbitrales y las normas pertinentes del derecho doméstico limitan el alcance de la revisión judicial de los laudos arbitrales. Los tribunales domésticos pueden rechazar los laudos si el tribunal se constituyó inadecuadamente o actuó de manera insubsistente, pero por lo general no pueden revisar las valoraciones de hechos o las interpretaciones de fondo del Capítulo 11 realizadas por los árbitros. No existe nada, por tanto, similar a una revisión integral en apelación de las decisiones de los árbitros del TLCAN.

*hoc*, compuesto por tres árbitros, dos elegidos cada uno de ellos por cada parte en conflicto, y un tercero escogido de común acuerdo (art. 1123). Puesto que basta una mayoría de dos árbitros para producir un laudo vinculante, es posible que se pueda alcanzar una decisión mediante el acuerdo de dos árbitros que una parte privada ha escogido o confirmado. Los árbitros no están vinculados por las decisiones precedentes del sistema TLCAN (art. 1136.1). Los árbitros son normalmente abogados internacionales y son las partes las que les pagan. Las minutas y los gastos de los árbitros pueden llegar a alcanzar cifras de millones de dólares.

Ninguno de estos tres sistemas de arbitraje permite el acceso público a las audiencias orales. La decisión de hacer o no públicos los documentos que contienen las pruebas materiales y los argumentos jurídicos se dejan a discreción de cada tribunal y de las partes de cada caso. Por tanto, basándonos en el texto del TLCAN y en los tres sistemas arbitrales, no existe ninguna seguridad de que el público llegué a conocer en absoluto los procedimientos celebrados en el Tratado, o de que obtengan la documentación completa<sup>21</sup>.

## El acuerdo suplementario laboral al TLCAN

El TLCAN no incluye en sí ninguna disposición sobre derechos laborales. Sin embargo, Estados Unidos insistió en negociar un acuerdo suplementario en materia laboral, cuyo nombre es Acuerdo de Cooperación Laboral (ACL-TLCAN), en un esfuerzo por asegurar que el Congreso de EE.UU. aprobaría el Tratado. A los propósitos de este capítulo, merece la pena destacar las características que siguen.

Primero, el ACL-TLCAN exige que cada Estado miembro haga cumplir efectivamente sus normas laborales domésticas e intente mejorarlas, pero no impone derechos laborales supranacionales.

Segundo, el ACL-TLCAN permite que los particulares, como los representantes de los trabajadores, soliciten a la Comisión para la Cooperación Laboral del ACL-TLCAN que inicie investigaciones para determinar si un Estado miembro no ha hecho cumplir de manera efectiva sus leyes laborales domésticas. Dicha Comisión de tres miembros está conformada por los ministros o Secretarios de Trabajo de cada Estado miembro o por las personas que ellos designen (art. 6, ACL-TLCAN).

---

<sup>21</sup> Los miembros del público han compilado la documentación de los casos del TLCAN mediante investigaciones privadas y solicitudes de revelación de los documentos. El 31 de julio de 2001, los tres Estados miembros emitieron una Nota Interpretativa, comprometiéndose a revelar los documentos de los casos del Capítulo 11, al menos que esa estuviera prohibido por las «normas arbitrales relevantes aplicables al caso.» Esta última matización puede anular el compromiso declarado sobre publicidad, puesto que los tribunales del TLCAN tienen el derecho a controlar la publicidad en aplicación de las normas arbitrales relevantes.

Tercero, la Comisión tiene discreción a la hora de decidir si la investigación irá más allá de las tres etapas preventivas establecidas en el ACL-TLCAN. Esas tres etapas son: *consulta* entre los tres ministros de trabajo, un *informe* por un Comité Evaluador de Expertos y el *arbitraje* mediante árbitros escogidos por los Estados miembros del TLCAN. Los particulares no tienen ningún poder que les permita pedir que se celebre una consulta, se realice un informe de expertos o se arbitre la controversia en torno al ACL-TLCAN.

Cuarto, el ACL-TLCAN establece que las controversias acerca del cumplimiento efectivo de los derechos de asociación y negociación colectiva en un Estado miembro no pueden ir más allá de la fase consultiva, con independencia de que los comisionados pudieran desear ejercitar su discreción para que así fuera. Las controversias sobre la discriminación en el trabajo, el trabajo forzoso y los derechos de los trabajadores inmigrantes no pueden ir más allá del Comité Evaluador de Expertos. Sólo pueden llegar a arbitraje las controversias sobre trabajo infantil, salarios mínimos, y salud y seguridad ocupacional. Hasta la fecha, la Comisión del ACL-TLCAN no ha ejercido su descripción para ir más allá de la fase consultiva. Es decir, no ha existido ningún informe de expertos o arbitraje dentro del sistema del ACL-TLCAN.

Existen asimetrías manifiestas entre las protecciones concedidas a los inversionistas en el Capítulo 11 y las concedidas a los trabajadores en el ACL-TLCAN. Las consecuencias que ello tiene para la gobernanza se exploran a continuación.

## **LAS CONSECUENCIAS DEL CAPÍTULO 11 PARA LA GOBERNANZA DEMOCRÁTICA, LA CAPACIDAD ADMINISTRATIVA Y EL ESTADO DE DERECHO**

En sus interpretaciones de las normas materiales del Capítulo 11, los árbitros del TLCAN han establecido normas que dejan sin vigor las instituciones constitutivas de la gobernanza en Estados Unidos, Canadá y México y que, si llegaran a extenderse geográficamente, se impondrían a los regímenes análogos en otros países del hemisferio. Usamos el término «instituciones constitutivas» para indicar estructuras fundamentales de regulación económica y social, se encuentren éstas consagradas en el derecho constitucional, la legislación o la práctica informal. Las instituciones constitutivas nacionales se establecen normalmente durante periodos de intenso debate público y movilización política popular. El alcance, el contenido y las consecuencias normativas de las normas del nuevo Capítulo 11 se describen en los apartados siguientes.

## El alcance de las normas de control del Capítulo 11

Es cierto que el Capítulo 11 es simplemente una de las varias normas escritas a través de las cuales el TLCAN intenta reestructurar los mercados y afectar los procesos legislativos de los Estados miembros. Pero las decisiones de sus árbitros le han dado un gran alcance al Capítulo 11. De hecho, dos de las decisiones más relevantes adoptadas siguiendo reglas del Capítulo 11 *a)* impondrían las normas materiales del Capítulo 11 a todas las normas legislativas sociales y económicas importantes de los Estados nacionales, y *b)* permitirían a los particulares exigir el cumplimiento de esas normas frente a las legislaciones estatales que afectaran no sólo derechos de propiedad, sino también los flujos comerciales, extendiendo efectivamente la jurisdicción del Capítulo 11 a todas las disposiciones centrales del TLCAN.

En uno de los casos sometidos a arbitraje en el TLCAN, una compañía maderera estadounidense, Pope y Talbot, reclamaba que el Gobierno canadiense había expropiado su inversión en Canadá al establecer cuotas entre compañías exportadoras de maderas de coníferas al mercado estadounidense (Canadá impuso y distribuyó cuotas de exportación con el propósito de ajustarse al US-Canada Softwood Lumber Agreement, un acuerdo internacional entre Canadá y Estados Unidos sobre explotación y exportación de maderas de coníferas). El tribunal del TLCAN estuvo de acuerdo con el argumento de la compañía de que su «cuota de mercado» y su «acceso al mercado estadounidense» eran intereses económicos protegidos contra la expropiación por el artículo 1110<sup>22</sup>.

La definición de Pope y Talbot de «inversión» expande el alcance general de las protecciones del Capítulo 11 en dos formas fundamentales ya señaladas. De conformidad con una doctrina jurídica familiar, la categoría de medidas estatales que afecten el comercio transfronterizo o el acceso al mercado pueden incluir casi toda la regulación social y económica intraestatal. Por ello, la definición de inversión de Pope y Talbot extiende los controles del Capítulo 11 a casi todas las normas domésticas<sup>23</sup>.

La definición de Pope y Talbot de inversión coloca también todas las reclamaciones relativas a las protecciones centrales al comercio del TLCAN dentro del ámbito del poder de los inversionistas para presentar reclamaciones privadas contra los Estados usando la maquinaria del Capítulo 11. Debe recordarse que una vez que se reconoce la existencia de un interés en el flujo de bienes transfronterizos como un interés del Capítulo 11, se

<sup>22</sup> El tribunal encontró que, en este caso, la asignación de cuotas de exportación realizada por Canadá no había causado una «privación sustantiva» de intereses económicos y no era, por lo tanto, una expropiación compensable.

<sup>23</sup> Las decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos indican que casi cualquier legislación social y económica intraestatal afecta el flujo de comercio entre fronteras de estados federados. Véase *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1961). De ello se deduce lógicamente que ese tipo de legislación afecta a la oferta y la demanda en el mercado entre fronteras de Estados-nación.

protege no sólo contra la expropiación según el artículo 1110, sino también contra el tratamiento discriminatorio e injusto, de la misma forma que los flujos quedan protegidos por las normas esenciales del libre comercio. Es decir, esos intereses quedan protegidos por el estándar del tratamiento nacional (en virtud del art. 1102), por el estándar de la nación más favorecida (art. 1103) y por los estándares mínimos internacionales (art. 1105). Después de Pope y Talbot, los inversionistas privados pueden impugnar cualquier norma interna de un Estado alegando que afecta el comercio transfronterizo en manera tal que se viola alguno de estos estándares.

Un segundo caso importante refuerza la expansión radical que hace Pope y Talbot del alcance de las gobernanza del Capítulo 11. En el caso S. D. Meyer, el demandante era una empresa estadounidense, SDMI, que se dedica a procesar los peligrosos bifenilos policlorados (productos químicos conocidos usualmente como PCB) en los Estados Unidos. SDMI demandaba la prohibición canadiense de exportación de residuos de PCB de Canadá a Estados Unidos. El ministro de Medioambiente canadiense impuso la prohibición basándose en las finalidades declaradas de proteger la salud pública y el medioambiente, y de cumplir con la Convención de Basilea multilateral sobre el transporte transfronterizo de residuos peligrosos. El tribunal del Capítulo 11 interpretó que el estándar de tratamiento nacional del artículo 1102 imponía la prueba jurídica más restrictiva a la legislación canadiense sobre residuos de PCB, el llamado «test de la necesidad», que se discute en la siguiente sección. El tribunal se basó parcialmente para dar esta interpretación en el «lenguaje» y en la jurisprudencia, sin especificarlos, de «la familia de acuerdos de la OMC,» y en principios generales del «libre comercio».<sup>24</sup> El tribunal estableció también que SDMI era un «inversionista» en el sentido del Capítulo 11, aunque el único interés de la empresa estadounidense fuera su acceso a los flujos transfronterizos de PCB desde Canadá.<sup>25</sup> Al igual que en Pope y Talbot, el tribunal incorporó

<sup>24</sup> S. D. Meyers, Inc. v. Government of Canada, laudo parcial en un arbitraje del TLCAN de conformidad con los laudos arbitrales de la Uncitral, 13 de noviembre de 2000, para. 221.

<sup>25</sup> El tribunal de S. D. Myers no fue tan explícito como el tribunal de Pope y Talbot a la hora de establecer que los intereses de los inversionistas incluían los intereses en las exportaciones y las importaciones. Formalmente, los árbitros de S. D. Meyers se basaron en el hecho de que SDMI compraba sus desechos de PCB a un intermediario canadiense, del que era propietario. Pero el tribunal renunció explícitamente a declarar que Meyers Canada (el comprador y vendedor de PCB) era una subsidiaria, empresa conjunta o deudor del demandante en el caso SDMI, una sociedad mercantil domiciliada en Estados Unidos. Formalmente, los árbitros se basaron en el hecho de que Meyers Canada y SDMI eran de propiedad de los mismos sujetos (en la práctica, este hecho es, por lo general, insuficiente según el derecho internacional o doméstico para atribuir derechos y responsabilidades corporativas de Meyers Canada a SDMI, es decir, para «levantar el velo corporativo» de la primera. El tribunal afirmó simplemente que ese hecho era suficiente «a la luz de los objetivos [del TLCAN]» para establecer una unidad entre SDMI y Meyers Canada). Puesto que la normativa canadiense no discriminaba de ninguna manera contra Meyers Canada, que podía comprar e incluso procesar residuos de la misma manera que cualquier otro intermediario o procesador de residuos canadienses, la única discriminación posible de Canadá era contra SDMI, y el único interés afectado de esa compañía por la regulación canadiense era su interés en importar residuos de PCB.

las normas más exigentes del comercio internacional a las protecciones del Capítulo 11, autorizó a los particulares a exigir el cumplimiento de esas normas basándose en el interés de las partes en el comercio transfronterizo, más que en sus derechos de propiedad, y, por tanto, extendió el derecho de los particulares a exigir el cumplimiento de las normas a prácticamente toda la normativa social y económica.

## El contenido de los controles del Capítulo 11

### *Las limitaciones a la normativa social y económica según el estándar del tratamiento nacional*

Algunos de los críticos más conocidos del Capítulo 11 mantienen que el estándar de tratamiento nacional es la más justificable de sus reglas, cuando menos porque su interpretación es relativamente poco discutida. Los casos TLCAN sugieren, por el contrario, que el estándar de tratamiento nacional se somete a una interpretación elástica que puede imponer rigurosas pruebas a la regulación doméstica, las cuales pueden derogar la deferencia tradicional a la legislación social del derecho nacional que se tiene en todo el hemisferio<sup>26</sup>.

Los tribunales del TLCAN han establecido que los Gobiernos pueden legislar sólo en formas que sean «necesarias» para conseguir fines estatales «legítimos» mediante medidas legislativas que «limiten mínimamente» el comercio y la inversión transfronterizos. Por ejemplo, el tribunal de S. D. Meyers requirió que el ministro canadiense de medioambiente escogiera los medios de regulación de los residuos peligrosos que fueran mínimamente restrictivos para los derechos de propiedad y comerciales protegidos por las normas de inversión del TLCAN, y por los conceptos abstractos del «libre comercio.»

Para aplicar el «test de la necesidad» de manera rigurosa, un tribunal arbitral se enfrenta a las siguientes tareas: 1) definir los fines sociales y medioambientales que pueden legítimamente buscarse por un Gobierno

---

<sup>26</sup> Recordemos que el principio del tratamiento nacional exige que los Estados no «discriminen» contra los inversionistas extranjeros. Los tribunales del TLCAN deben, por consiguiente, determinar cuándo un actor sujeto a la legislación (el inversionista extranjero) se encuentra en una situación similar que permita exigir igual trato frente a otro actor no afectado por la legislación o sujeto a una distinta (el inversionista doméstico). Al hacerlo así, como se demostró por el tribunal de S. D. Meyers, los árbitros del TLCAN deben decidir la cuestión más general de si la legislación demandada se basa en criterios que determinan imparcialmente si una de las partes debería someterse a una normatividad especial y otra no, con independencia de si esas partes son nacionales o extranjeras. Es decir, el tribunal del TLCAN revisa en la práctica la validez de las decisiones adoptadas por los legisladores y funcionarios de la administración acerca de qué categorías concretas de actores económicos deben sujetarse a normas particulares y qué actores no incluidos en esa categoría no deben hacerlo. Por tanto, la demanda de un inversionista extranjero es una oportunidad para el escrutinio arbitral, pero el estricto escrutinio de los árbitros y el castigo potencial contra el Estado se basa en una decisión acerca de si la legislación es discriminatoria en su aplicación en general.

nacional<sup>27</sup>; 2) detallar los instrumentos alternativos imaginables en la política pública que puedan conseguir desde un punto de vista técnico estos objetivos; y 3) determinar cuál de esos instrumentos puede lograr los objetivos multidimensionales con la menor intrusión posible en los intereses igualmente multidimensionales de los inversionistas y del «libre comercio»<sup>28</sup>.

Al adoptar el restrictivo «test de la necesidad,» los árbitros del TLCAN eliminan un estándar alternativo, familiar en todo el hemisferio, conocido como el «test de la racionalidad». Desde la revolución constitucional del *New Deal*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ratifica cualquier medida legislativa siempre y cuando sea un medio racional que sirva a una finalidad pública legítima<sup>29</sup>. En sus líneas estructurales generales, las normas básicas estadounidenses son similares a aquéllas de muchos otros regímenes en el hemisferio occidental, entre los que estarían México, Argentina, Brasil y Chile<sup>30</sup>. Los tribunales de después del *New Deal* declinan explícitamente entrar a realizar una averiguación más exigente acerca de si pudieran existir medios alternativos para cumplir importantes objetivos estatales que pudieran tener un impacto menor sobre los derechos de propiedad y contratos que las medidas legislativas escogidas por los legisladores o los administradores.

El test de la racionalidad representa dos pilares del Estado regulador moderno. El primer pilar lo constituye el hecho de que las decisiones realizadas por las ramas electas del poder acerca de la importancia relativa de los fines políticos y de la eficacia relativa de los instrumentos normativos

<sup>27</sup> Independientemente del test de «la alternativa menos restrictiva,» el artículo 1110 del TLCAN exige que el tribunal decida si las medidas legislativas cumplen «finalidades públicas» legítimas.

<sup>28</sup> Este análisis exige que los árbitros del TLCAN decidan varias cuestiones espinosas adicionales como: ¿debe el Gobierno escoger un instrumento legislativo que tenga un menor impacto en los inversionistas y en el «libre comercio» incluso cuando el instrumento produzca mayores costos administrativos al Gobierno? Si los objetivos medioambientales del Gobierno tienen múltiples dimensiones, ¿cuál debería ser el peso que se asignará a cada uno de esos múltiples objetivos con el propósito de diseñar una escala mediante la cual poder medir lo adecuado de los instrumentos políticos alternativos para conseguir esos objetivos?

<sup>29</sup> Este test, basado en los «términos de racionalidad» de las medidas, ha prevalecido desde la «revolución constitucional» del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 1930, que reconoció la legalidad de los programas legislativos del *New Deal* frente a las demandas ante los tribunales que defendían los principios del *laissez-faire*. Véase *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938). Este test se utiliza para determinar si las medidas legislativas son conformes con los requisitos constitucionales de no discriminación y debido proceso. Las medidas legislativas deben también, naturalmente, respetar cualquier otra exigencia constitucional, como los derechos de libre expresión y la privacidad.

<sup>30</sup> Incluso en la más profundamente integrada Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha negado a aplicar restricciones estrictas a la regulación doméstica como las impuestas por los árbitros del TLCAN. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no realiza un juicio material acerca de si la legislación doméstica es «necesaria» y «menos restrictiva.» En lugar de ello, se pregunta si los legisladores nacionales han realizado esa indagación de manera razonable.

adecuados para conseguir esos fines no deben subvertirse por decisiones posteriores valorativas y evaluaciones fácticas de árbitros no electos. El segundo pilar sería que las normas básicas constitucionales no subordinan los derechos personales y sociales a los derechos de propiedad y los mercados no regulados. El equilibrio material entre derechos sociales y derechos de propiedad no está constitucionalmente cerrado, sino que se deja luego a la actividad de la política democrática «ordinaria»<sup>31</sup>.

Los tribunales del Capítulo 11 han rechazado estos fundamentos de la gobernanza contemporánea e impuesto el estándar más estricto, anterior al *New Deal*, de revisión de la legislación social y económica, en el nombre, explícitamente, del libre comercio y la inversión.

### ***La discreción limitada de los órganos legisladores bajo los estándares internacionales mínimos***

Los árbitros del Capítulo 11 han exigido a los Gobiernos que compensen a los inversionistas cuando los organismos administrativos ejerzan una discrecionalidad «excesiva», aun cuando esos organismos: a) no hayan actuado arbitrariamente, y b) su poder para ejercitar esa discreción se les haya otorgado por las autoridades soberanas por excelencia. Los tribunales del TLCAN han derogado así las soluciones locales a los conflictos políticos agudos en torno al nivel de autoridad discrecional de los órganos legislativos en el Estado moderno.

En el caso *Metalclad*, por ejemplo, una administración municipal mexicana negó a *Corporation Metalclad*, empresa con domicilio social en Estados Unidos, un permiso para desarrollar y operar un relleno sanitario de residuos peligrosos, y el gobernador correspondiente del estado mexicano declaró que el relleno sanitario se encontraba en un área designada para su protección ecológica. El Gobierno mexicano dio su opinión soberana de que el Gobierno local había actuado de conformidad con su jurisdicción constitucional. Aunque el Capítulo 11 no impone ningún requisito que exija que los árbitros tengan conocimiento del derecho doméstico de los Estados miembros del TLCAN, los árbitros de *Metalclad* dieron su propia opinión acerca del constitucionalismo mexicano<sup>32</sup>. El tribunal de *Metalclad* encontró que el Gobierno mexicano había violado los estándares internacionales mínimos, según el artículo 1105, al no haber proporcionado suficiente previsibilidad y certidumbre a *Metalclad*. El tribunal encontró, en efecto,

<sup>31</sup> En la famosa frase del juez Holmes, la Constitución no hace una codificación de la economía darwiniana. Véase *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (J. Holmes, voto particular).

<sup>32</sup> El tribunal del Capítulo 11 determinó que las autoridades municipales y el Estado mexicano no tenían una base legítima para sus decisiones acerca del uso del suelo y medioambientales contra *Metalclad* y que ésta tenía derecho a confiar en los permisos anteriores concedidos por las autoridades estatales y federales mexicanas.



que el Capítulo 11 requería que el Gobierno federal mexicano restringiera la discreción legislativa del estado y de las autoridades locales, aunque el Gobierno mexicano se oponía a esas restricciones<sup>33</sup>.

En los países que estamos estudiando, la división de las competencias entre legisladores y encargados de los organismos administrativos reguladores es una cuestión vital para la gobernanza nacional y local<sup>34</sup>. Esa división se debate al nivel de la política constitucional y ordinaria. En el nivel de la política ordinaria, la cuestión de la capacidad administrativa hace surgir innumerables conflictos nacionales, estatales y provinciales en torno a la legislación y los decretos gubernativos que definen: *a)* la autoridad de organismos administrativos reguladores en su conjunto; *b)* la estructura de la autoridad de los organismos administrativos concretos; *c)* los mecanismos de gobierno para vigilar y controlar esos organismos administrativos. Estos asuntos constituyen la política del «derecho administrativo», la cual, aunque se conoce muy poco más allá de las elites políticas y de la profesión jurídica, es crítica para la gobernanza en el Estado regulador moderno.

En el nivel de la política constitucional, un aspecto esencial de la transformación de la gobernanza realizada por el *New Deal* fue el abandono de la «doctrina de la no delegación» por el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Esa doctrina recortaba severamente el poder del Estado regulador al prohibir que el Congreso autorizara a los entes administrativos a ejercer una discrecionalidad amplia en la aprobación y vigilancia del cumplimiento de normas jurídicas, y exigía que esa discrecionalidad estuviera estrictamente circunscrita<sup>35</sup>. La jurisprudencia constitucional mexicana rechaza también la doctrina de la no delegación. Pero es precisamente esta doctrina la que resurge a través del requisito de los tribunales del TLCAN de que los Gobiernos compensen a los inversionistas cuando los organismos administrativos ejerzan una discreción excesivamente amplia, aun si actúan respetando una delegación soberana.

La indemnización expansiva a los inversionistas a consecuencia de las expropiaciones indirectas efectuadas mediante la aprobación de nuevas normas

---

<sup>33</sup> El tribunal ordenó al Gobierno mexicano pagar 16 millones de dólares a Metalclad. En un pleito posterior para dar cumplimiento al laudo del tribunal del TLCAN, el Tribunal Supremo de British Columbia ratificó un laudo de aproximadamente 16 millones de dólares contra el Gobierno mexicano, pero sobre una base diferente a la que había usado el tribunal del TLCAN.

<sup>34</sup> Según el derecho nacional, los órganos legislativos nacionales pueden delegar su autoridad legislativa a organismos administrativos que están autorizados para producir normas legales dentro de su campo de acción sustantivo. Existen numerosas razones para esa delegación: los organismos administrativos tienen el tiempo, el conocimiento experto y las capacidades de supervisión de la actividad social; los organismos administrativos son capaces de experimentar actuaciones descentralizadas; o, menos idealmente, los representantes electos desean evitar realizar ellos mismos concesiones complicadas a determinados actores y trasladan así la decisión a burócratas menos visibles.

<sup>35</sup> *Schechter Poultry v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

Los tribunales del Capítulo 11 han producido nuevas doctrinas que otorgan a los inversionistas mayores protecciones que las que conceden los derechos domésticos a las expropiaciones indirectas producto de la aprobación de leyes no expropiatorias en su finalidad\*. Los tribunales han ampliado la definición de propiedad protegida contra la expropiación, y disminuido el nivel necesario de la normatividad para que los propietarios afectados puedan exigir una compensación económica.

En el caso *Metalclad*, por ejemplo, el tribunal del TLCAN decidió que la ausencia de indemnización por el Gobierno mexicano constituía una expropiación indirecta, que definía en términos amplios:

La expropiación según el TLCAN incluye... la interferencia incidental o encubierta a la utilización de un interés económico particular que tenga por efecto privar a su propietario, en su totalidad o en parte, del uso del beneficio económico razonablemente esperado de su propiedad...<sup>36</sup>

Cuando se combina este test con la definición de «inversión» recogida en el caso *Pope y Talbot*, el Estado debe compensar a una empresa privada simplemente con que se demuestre que alguna medida del Gobierno ha privado *parcialmente* a la empresa de alguna ganancia *esperada* en importaciones, exportaciones o cuota de mercado. Estas protecciones a la propiedad exceden las previstas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Recientemente, iniciativas legislativas nacionales muy patentes pretendieron conseguir los derechos de propiedad expandidos que hoy se reconocen por los árbitros del Capítulo 11, con la diferencia de que esas iniciativas fueron derrotadas en los parlamentos<sup>37</sup>.

El efecto potencial de esta doctrina expandida de la expropiación legislativa que ha creado el TLCAN no se limita a la compensación económica por decisiones legislativas discrecionales. La lógica de la doctrina se aplica al conjunto de programas legislativos asumidos como propios de los Estados de bienestar. Los principales teóricos de la doctrina expandida insisten en que, por ejemplo, se requeriría compensar a todos los empleadores que debieran respetar los derechos de asociación de los trabajadores codifica-

---

\* Estamos ante expropiaciones en sentido económico, no en sentido legal, puesto que la aprobación de nuevas normas conlleva una redistribución de los intereses existentes, y en ese sentido, se podría decir que algunos de los favorecidos por la antigua norma han sido «expropiados» de sus derechos con la aprobación de las nuevas. Como puede verse, un concepto tal de expropiación llevaría hacia la casi parálisis de la reforma legislativa. (N. del T.).

<sup>36</sup> *Metalclad Corp v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1, Award, Aug. 30 (2000), ICSID Rev. - Foreign Inv. L.J. 168, 195 (2001).

<sup>37</sup> Por ejemplo, el Congreso de Estados Unidos en la Legislatura 104ª, aprobó un proyecto de «indemnización por expropiación,» pero el Senado declinó tramitarlo.

dos en las leyes domésticas, como podrían ser las normas que prohíben a los empleadores despedir a los trabajadores que deseen constituir un sindicato (Epstein 1985). Sólo el pragmatismo político de los abogados que desempeñan el cargo de árbitros del Capítulo 11 limita una aplicación tan radical de la doctrina de la expropiación legislativa. Su mandato formal no lo hace<sup>38</sup>.

## La reconfiguración del proceso de gobernanza realizada por el Capítulo 11

### *La reconfiguración del Estado de derecho y de las capacidades administrativas*

No hay una interpretación única de qué es el Estado de derecho y de sus virtudes. Una forma de entenderlo es como representación de las virtudes de la predecibilidad y el tratamiento equitativo, es decir, como simple uniformidad y transparencia en la aplicación de normas a situaciones fácticas similares (Hart 1961). Una segunda forma es por su integridad, en el sentido de que los vacíos existentes en las normas se pueden completar previsiblemente mediante nuevas normas basadas en principios y políticas más generales que pueden discernirse a partir de las normas existentes (Dworkin 1977). Una tercera es por su capacidad de adaptación o experimentalismo, por la idea de que se desarrollarán normas a lo largo del tiempo a través de una adaptación coherente y reflexiva de las mismas a los problemas sociales o mediante la innovación experimental en la estructura normativa. La tercera concepción representa el ideal no sólo de los jueces del *common law*, sino de los órganos administrativos flexibles y con conocimiento experto que tengan jurisdicción sobre materias complejas de la regulación social. Este ideal difumina las virtudes de la *creación* legislativa de normas, como algo diferente a la actividad de los órganos judiciales encargados de su *aplicación* (Dorf y Sabel, 1998)<sup>39</sup>.

El mecanismo de resolución de disputas del Capítulo 11 no está bien preparado para dar cumplimiento a ninguna de estas lecturas del Estado

---

<sup>38</sup> El Congreso de Estados Unidos, en la legislación reciente que autoriza nuevamente al presidente a iniciar negociaciones comerciales, declaró que el éste debería asegurarse en lugar de ello de que los nuevos acuerdos comerciales proporcionan a los inversionistas protecciones que sean «comparables» con aquellas disponibles de conformidad con los «principios y prácticas» legales estadounidenses. Pero esta instrucción al presidente es elástica y discrecional, en vez de obligatoria y específica, y se enfrenta a la fuerte resistencia de los grupos de presión corporativos, además de tener que codificarse de manera concreta en los borradores propuestos del ALCA.

<sup>39</sup> Los jueces del *common law*, caso por caso, adaptan el derecho a los problemas sociales y pueden derogar decisiones anteriores que se consideren «experimentos» inviabilizados y malogrados. Debido a que estos jueces están obligados a aplicar los instrumentos judiciales tradicionales al caso que tienen ante sí, carecen, sin embargo, de la capacidad de los funcionarios de la administración para adaptar y experimentar con las normas de manera sistemática en varios campos sociales generales usando una variedad de mecanismos.

de derecho y de la capacidad administrativa. Además de las falencias más evidentes en la transparencia y violación del debido proceso, a los tribunales del TLCAN no se les exige respetar las decisiones adoptadas por los tribunales anteriores, es decir, no existe el precedente. Si los tribunales se compusieran a partir de tribunales ya existentes, cabría esperar que siguieran *de facto* el razonamiento de los laudos anteriores. Sin embargo, los tribunales del TLCAN se componen gracias a una selección *ad hoc* de los árbitros que hacen las partes. Es más, los miembros de los tribunales son, por lo general, abogados del sector privado pertenecientes a muy diversos países. No tienen ni el entrenamiento de los jueces, ni saben comportarse como se espera socialmente de los jueces profesionales, ni tampoco conocen de manera consistente ninguna tradición jurisprudencial existente aparte de la del derecho internacional. No necesitan tener formación en legislación económica, medioambiental, laboral, de salud o cualquier otro tipo de normativa social, aunque como hemos mencionado, pretenden gozar de la autoridad para adoptar decisiones exactas acerca de qué medios normativos son más efectivos para conseguir determinados fines legislativos con la menor restricción posible sobre la inversión y el funcionamiento del mercado.

A la luz de este marco procedimental *ad hoc*, los actores sociales y económicos no pueden esperar la aplicación uniforme de las normas que protegen a los inversionistas y los mercados, ni de las restricciones aplicables a la normativa económica, social y medioambiental. Los actores tampoco pueden esperar una aplicación integral de las normas. Los vacíos existentes en la estructura de las normas sobre inversión, procesos de mercado y en los distintos campos legislativos es improbable que se completen gracias a nuevas normas basadas en un cuerpo coherente de principios económicos o sociales que sea heredero de las normas existentes.

El fracaso del MRDIE a la hora de satisfacer las virtudes del Estado de derecho es irónico. Se busca, entre otras cosas, que los tribunales del Capítulo 11 del TLCAN proporcionen a los inversionistas extranjeros un mecanismo de solución de conflictos que sea superior al débil sistema judicial mexicano. El MRDIE permite a los inversionistas norteamericanos evadir los tribunales nacionales, sean frágiles o robustos, y proteger sus intereses a través de procedimientos que no representan una imagen adecuada del Estado de derecho. Como modelo regional de resolución de disputas, por tanto, el MRDIE puede disminuir, en lugar de mejorar, la calidad de la justicia.

Las deficiencias estructurales del MRDIE son todavía más graves cuando se juzgan mediante el criterio de los estándares de la capacidad administrativa, especialmente de la capacidad de adaptación y experimentación. Los tribunales del Capítulo 11 del TLCAN ejercitan su autoridad para revisar decisiones y, en un sentido real, suplantando el funcionamiento de los organismos administrativos y los legisladores. Los tribunales particulares

del TLCAN carecen de continuidad, conocimiento experto, visión general de las disciplinas y responsabilidad política para desempeñar esas funciones de manera efectiva y legítima.

Es esencial observar que los tribunales tienen el poder de decidir usando el estilo normativo desacreditado de «vigilancia y control» o «supervisión de las políticas públicas.» Es decir, el puro castigo monetario de los árbitros contra la actividad estatal no se encuentra incorporado dentro de una red de diálogo y aprendizaje entre los actores que deben soportar sus consecuencias en los niveles regional, nacional y local. Los procedimientos no transparentes de los tribunales arbitrales y las decisiones *ad hoc* suponen cerrar la discusión normativa, en lugar de promover un proceso continuo de construcción de capacidad reguladora que tenga por objeto estrategias más abiertas para el desarrollo económico y la distribución equitativa de sus frutos.

### ***La reconfiguración del federalismo***

En la medida en que la democracia participativa es un valor que se concreta mediante la autoridad de los Gobiernos locales, se ve disminuida por el modelo de gobernanza del TLCAN. Los tres Estados miembros del TLCAN son federales, al igual que Brasil, Argentina y otros miembros potenciales del ALCA. El grado de descentralización de los órganos administrativos domésticos es, naturalmente, una cuestión importante para la gobernanza, aun para Estados que no son formalmente federalistas. Al menos cuatro características del modelo TLCAN promueven la centralización o reconfiguran irreflexivamente los contornos del federalismo doméstico.

Primero, la aplicación de los tribunales del TLCAN del estándar del tratamiento nacional ha disminuido la capacidad de los Gobiernos nacionales para regular el bienestar público. En el caso *S. D. Myers*, por ejemplo, el tribunal sentenció que Canadá había violado el estándar del tratamiento nacional al aprobar determinadas leyes, y lo hizo basándose en gran parte en el efecto desproporcionado de la legislación en el comercio transfronterizo. Este test es mucho más estricto que el análogo del derecho nacional estadounidense que define qué es el «mercado común» nacional entre los cincuenta estados. Según la cláusula de comercio de la Constitución estadounidense, se permite a un estado imponer normas que afecten desproporcionadamente el comercio interestatal siempre y cuando los beneficios del bienestar para ese estado sobrepasen las cargas impuestas al comercio<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> *Pike v. Bruce Church. Co.*, 379 U.S. 137. Incluso si las cargas al comercio interestatal sobrepasan los beneficios del estado federado, el Congreso puede autorizar positivamente a ese estado a que apruebe la legislación en cuestión.

Segundo, el TLCAN es, evidentemente, un tratado interestatal. La autoridad para negociar esos tratados se encuentra investida en los Estados nacionales, y la autoridad de los Gobiernos de los estados federados y regionales está excluida constitucionalmente. El hecho de que la aprobación de esos tratados imponga nuevas reglas constitutivas, como hemos visto, es una forma de reconstrucción constitucional de las estructuras normativas, de profundo alcance, que tiende a disminuir la importancia de la movilización popular y de los órganos no federales que se encuentran investidos formalmente de autoridad para participar en esa reconstrucción<sup>41</sup>.

Tercero, los Estados deben aprobar leyes y ponen en vigor políticas que aseguren el cumplimiento doméstico de las transformaciones constitutivas impuestas por el régimen del Capítulo 11 del TLCAN. Ello marca un fuerte cambio práctico en el equilibrio real entre legislación y administración sobre importantes asuntos políticos. Las administraciones centrales deben asegurarse de que se cumplen las nuevas protecciones otorgadas a los propietarios de intereses económicos y las nuevas limitaciones a las legislaciones medioambientales, de salud y laborales impuestas por el Capítulo 11. En la medida en que las administraciones centrales, provinciales o locales desarrollen esos programas legislativos, se deteriora la creación descentralizada de normas sociales y democráticas.

Cuarto, y tal vez aún más importante, cada uno de los regímenes nacionales intenta coordinar adecuadamente los valores multifacéticos que subyacen a la distribución de la autoridad legislativa entre niveles verticalmente establecidos de gobierno<sup>42</sup>. Los tribunales del TLCAN, conformados principalmente por abogados privados, seleccionados por inversionistas privados, cuyo trabajo es evaluar las reclamaciones presentadas por éstos, no están bien dotados para respetar y desarrollar el equilibrio constitucional de los valores federalistas que realizan los órganos de Gobierno nacionales y locales<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Véase la Constitución de Estados Unidos, artículo 5.

<sup>42</sup> Estos valores pueden incluir: la maximización de la participación local; asegurar que los ciudadanos cuyos intereses se ven vitalmente afectados por decisiones concretas se vean representados en los órganos de decisión; el estímulo a la experimentación, la innovación y la responsabilidad social locales; asegurar que los legisladores se basan efectivamente en el conocimiento local; asegurar que los legisladores tienen incentivos para internalizar las externalidades territoriales; y otra razones similares.

<sup>43</sup> No es sorprendente, pues, que en la reconstrucción que hace el TLCAN del federalismo nacional, al igual que en las limitaciones materiales que impone a la legislación medioambiental y social de carácter local, haya generado una reacción política en los Gobiernos locales, provinciales y estatales, incluyendo campañas en Estados Unidos por ciudadanos y legisladores locales que piden que este país se retire del arbitraje y la producción de normas del Capítulo 11 del TLCAN. En Estados Unidos, la oposición al Capítulo 11 se ha presentado por la National Conference of State Legislatures, la National League of Cities, la U.S. Conference of Mayors, y la National Association of State Attorneys General.

### ***La nueva configuración de la gobernanza multilateral***

El patrón del TLCAN que privilegia la inversión y los derechos comerciales sobre los intereses sociales y medioambientales se ve replicado en el nivel de la gobernanza regional y multilateral. Los derechos y los recursos judiciales que concede el Capítulo 11 a las inversiones definidas en sentido amplio son lo suficientemente fuertes como para considerarse «derecho internacional duro». Es decir, el Capítulo 11 concede a los inversionistas varios derechos supranacionales explícitos que sobrepasan sus derechos domésticos sustantivos; proporciona a los inversionistas foros que tienen poder de dictar sentencias vinculantes e imponer sanciones económicas; y concede a los tribunales nacionales autoridad para que utilicen su poder coercitivo soberano con el propósito de hacer cumplir esas sanciones después de una revisión de fondo mínima.

El pleno efecto de este régimen multilateral de «derecho duro» para los inversionistas puede entenderse sólo si se contrasta cuán diferente es de los regímenes multilaterales de «derecho blando» en las áreas de los derechos sociales, medioambientales y derechos humanos, como se refleja en los varios acuerdos medioambientales multilaterales (AMM), los pactos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y sociales, y el acuerdo complementario al TLCAN en materia laboral.

La idea aquí no es simplemente señalar que los intereses de los inversionistas cuentan con «mejores» derechos, tribunales y sanciones. Además de eso, los regímenes de derecho duro para los inversionistas interactúan con los regímenes sociales del derecho blando del tal forma que disminuyen la eficacia de estos últimos. Cuando las obligaciones del Capítulo 11 entran en conflicto con las obligaciones medioambientales, laborales y de derechos humanos consagradas en los instrumentos del derecho blando, el cumplimiento de los Estados miembros de estos instrumentos puede verse severamente comprometido. Un ejemplo, discutido anteriormente, sería la limitación del TLCAN de la capacidad de Canadá para cumplir con la Convención de Basilea sobre residuos peligrosos. Otro sería la limitación potencial del TLCAN al ACL-TLCAN, el acuerdo complementario en materia laboral al propio Tratado. Hemos visto que la doctrina expandida de la expropiación legislativa puede recortar la protección doméstica de los derechos laborales, entre los que estaría el derecho fundamental de asociación obrera. No es cierto, por tanto, que el TLCAN deje los estándares laborales regionales establecidos por las normas multilaterales inalterados, y esa conclusión no se ve alterada por el requisito multilateral del ACL-TLCAN de que cada país dé cumplimiento a sus derechos laborales domésticos existentes. Puede afirmarse, por el contrario, que reduce claramente los estándares laborales.

Por consiguiente, las normas y los tribunales del Capítulo 11 pueden socavar el largo esfuerzo posterior al *New Deal* por promover los valores sociales y medioambientales a través del derecho internacional multilateral.

### **La importancia normativa del efecto que tiene el Capítulo 11 sobre la gobernanza**

La síntesis de los epígrafes anteriores es que las instituciones del Capítulo 11 padecen un déficit de legitimidad democrática, Estado de derecho y capacidad administrativa. Árbitros no elegidos democráticamente, *ad hoc*, escogidos por inversionistas privados para decidir sobre las reclamaciones de inversionistas privados, tienen una autoridad delegada que les permite impedir la creación de marcos democráticos constitutivos con los cuales se pueda aprobar legislación social y económica en los niveles nacional y subnacional.

Al interpretar el estándar de tratamiento nacional, los tribunales del Capítulo 11 pretenden tener la autoridad de juzgar si la regulación doméstica tiene un interés legítimo, y si existen instrumentos políticos alternativos que pudieran cumplir esos fines imponiendo restricciones menores sobre conceptos excepcionalmente generales, como el de seguridad en la propiedad y libre comercio. Sin embargo, no hay nada en el régimen del TLCAN que asegure que los abogados privados que desempeñen el cargo de árbitros del Capítulo 11 estén profesionalmente capacitados en economía u otras áreas técnicas necesarias para elaborar esos instrumentos políticos alternativos, analizar la capacidad de los instrumentos para conseguir fines en medioambientales u otros fines sociales, y valorar sus consecuencias para el comercio y la inversión<sup>44</sup>. El tribunal en el caso S. D. Meyers, por ejemplo, eludió el análisis económico o medioambiental. Simplemente, afirmó que las medidas canadienses democráticamente aprobadas no eran las adecuadas para abordar fines medioambientales legítimos, como sí lo podían ser otras medidas (no especificadas). Los árbitros del Capítulo 11 carecían también de responsabilidad social y legitimidad democrática para preguntarse si los fines sociales y medioambientales del Gobierno constituían fines públicos legítimos. Como se ha descrito, fueron elegidos y pagados por inversionistas privados, celebraron sus sesiones a puerta cerrada, elaboraron sus propias normas procedimentales, y no hicieron públicos los documentos legales o las pruebas materiales.

<sup>44</sup> La breve audiencia en S. D. Meyers y la decisión del tribunal se centraron más en la historia empresarial de SDMI y en aspectos selectivos del proceso político que precedieron a la legislación de Canadá sobre PCB, y mucho menos en las consecuencias económicas y medioambientales reales de esa legislación. En los tribunales nacionales o en los órganos administrativos especializados en Estados Unidos y en otros lugares, una valoración del impacto de una decisión medioambiental de tal magnitud y de los medios alternativos de regulación exige usualmente muchos días, cuando no semanas, de estudio de la documentación, testimonios y análisis por expertos de las cuestiones económicas y medioambientales.



Al interpretar los estándares internacionales mínimos, los árbitros del TLCAN han restaurado la doctrina de la no delegación del Estado del *laissez-faire*, anterior al *New Deal*, derogando las opciones profundamente democráticas que conducen a delegar la discreción normativa en organismos administrativos y administraciones locales.

Al interpretar las disposiciones sobre expropiación del Capítulo 11, los árbitros del TLCAN han rechazado la política tradicional de que «el que contamina paga las externalidades» negativas que causa y la han sustituido por la idea de que «el público debe pagar al que contamina.» Esta revisión de las políticas domésticas se ve reflejada perfectamente a nivel multilateral: las protecciones de «derecho duro» otorgadas por el Capítulo 11 a la propiedad y el comercio eclipsan las protecciones de «derecho blando» a los derechos medioambientales y sociales incorporados en instrumentos multilaterales, que son otro hito de la gobernanza ulterior al *New Deal*.

En resumen, el Capítulo 11 ha restaurado varias políticas y normas básicas esenciales de la constitución económica anterior al *New Deal*, rechazando así los acuerdos domésticos a los que se llegaron tras décadas de continuas luchas populares y de las elites políticas<sup>45</sup>. No hay ninguna prueba de que los tres legisladores de América del Norte pensaran que estaban delegando a tribunales *ad hoc*, formados por abogados privados, la autoridad de revisar radicalmente la gobernanza doméstica constitutiva en la manera descrita.

Los proponentes del TLCAN y de su ampliación a todo el hemisferio podrían objetar que este relato no tiene un gran interés desde el punto de vista legislativo, puesto que, por tomar el ejemplo de Estados Unidos, su presidente y el Congreso negociaron y aprobaron debidamente el TLCAN y harán presumiblemente lo mismo en relación con el ALCA. No obstante, esa objeción sería errónea al menos por tres razones.

Primero, en lo que se refiere al derecho constitucional estadounidense, los tratados internacionales no pueden eludir las estructuras para la creación de leyes codificadas en la Constitución, ni derogar los derechos individuales constitucionalmente protegidos<sup>46</sup>. Al negociar y ratificar los

---

<sup>45</sup> Sigue siendo cierto que aunque los tribunales estadounidenses puede que no revisen estrictamente la legislación federal o de los estados federados, es constitucionalmente admisible que el Congreso imponga ese tipo de revisión a los estados y a sí mismo. Sin embargo, es muy dudoso que el Congreso pueda delegar el poder para revisar estrictamente la legislación federal y estatal a órganos como los tribunales *ad hoc* del TLCAN, compuestos por tres abogados privados elegidos por inversionistas privados. En cualquier caso, con independencia de sus defectos constitucionales, esa delegación no satisface las normas sobre democracia, Estado de derecho y gobernanza efectiva, por las razones discutidas a continuación.

<sup>46</sup> *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 324 (1988); *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 16 (1947); *L. Tribe* (2000, 643, 647-48).

acuerdos de libre comercio, el presidente y el Congreso siguen un procedimiento conocido como «acuerdo entre el Congreso y el ejecutivo»: un procedimiento que no respeta claramente los requisitos establecidos para modificar la Constitución. Por tanto, las incursiones de los árbitros del TLCAN en doctrinas constitucionales como la no discriminación, el federalismo y la no delegación, no son necesariamente legítimas por el hecho de que el presidente y el Congreso hayan aprobado formalmente la concesión de un poder arbitral como el que aquí discutimos.

Pero existe una segunda objeción más amplia. La elaboración de normas sustantivas puede dividirse entre procedimientos normativos constitutivos, por un lado, y la política cotidiana de creación normativa por el legislativo y la administración pública dentro del marco de las normas básicas constitutivas, por el otro<sup>47</sup>. Las normas constitutivas suponen la codificación de los acuerdos alcanzados tras arduas movilizaciones populares y de las elites sobre cuestiones políticas fundamentales. Las normas constitutivas pueden incorporarse a la Constitución existente, como ocurrió tras las revoluciones y las guerras civiles en Estados Unidos, o mediante regímenes legales que acojan patrones básicos de interacción entre la sociedad civil y las existentes ramas del Gobierno, como ocurrió durante el *New Deal*<sup>48</sup>. Una vez que ese periodo celoso de creación normativa «superior» da paso a la política «cotidiana» de los grupos de interés, no se debería disimuladamente agraviar a aquellos que buscan defender los regímenes normativos constitutivos frente a intereses políticos que no son capaces de satisfacer las concepciones robustas de la política democrática y transparente.

Por tanto, incluso si las reglas de los acuerdos comerciales fueran aprobadas de conformidad con los requisitos legales formales, el análisis *normativo* del proceso de la formación de los tratados no terminaría ahí. No podemos presumir que los procesos políticos de Estados Unidos o de otros Gobiernos satisfagan estándares altos o meramente adecuados de la gobernanza democrática, simplemente porque se hayan seguido procedimientos formales.

---

<sup>47</sup> Cfr. Ackerman 1991

<sup>48</sup> En la teoría de Ackerman la «legislación superior,» incluyendo las transformaciones sísmicas legislativas del New Deal, genera, por definición, enmiendas constitucionales reales, escritas o no. Para nuestros propósitos, baste con decir que en periodos de producción de legislación superior a través de la movilización popular y de las elites se generan nuevos marcos «constitutivos,» sean constitucionales o legales en su forma. Nuestra afirmación en definitiva es que órganos no democráticos, no transparentes y administrativamente incompetentes, como los tribunales arbitrales del TLCAN, no deberían tener autoridad delegada para derogar regímenes legislativos tan fundamentales. Esa delegación viola una variedad de normas ampliamente aceptadas: normas sobre democracia, Estado de derecho y solución efectiva de problemas, entre otras.

De hecho, el propio Capítulo 11 asume que los Estados miembros del TLCAN, si les da plena libertad, podrían ser incapaces de asegurar una gobernanza justa y efectiva para determinados asuntos transfronterizos como consecuencia de sistemas judiciales débiles o, lo que es más importante, de políticas de grupos de interés que podrían favorecer ciertos intereses nacionales económicos por encima de los de otros grupos, fueran éstos locales o extranjeros. No existe ninguna garantía de que mediante el proceso que ata sus manos a través de los acuerdos interestatales, los Estados miembros consigan superar ese defecto fundamental de la gobernanza democrática. Por el contrario, como hemos discutido, las elites empresariales y financieras estadounidenses han tenido un papel desproporcionado y no transparente en términos democráticos en la creación, configuración y defensa actual de las protecciones excepcionalmente amplias que se conceden a los inversionistas en el TLCAN (y en el posible ALCA).

Finalmente, y tal vez más importante, incluso si se negociara un acuerdo comercial mediante procesos que fueran formalmente legales y sólidamente democráticos, las instituciones sustantivas creadas o reconfiguradas así, en los niveles continental y nacional, no son inmunes a la evaluación desde el punto de vista de la democracia, el Estado de derecho, la capacidad administrativa, la eficiencia económica u otras normas. Al contrario, las consecuencias institucionales del TLCAN proporcionan un experimento social extraño que permite la evaluación y propuestas de reforma, antes de extender instituciones similares a todo el hemisferio.

## ¿EL ALCA PODRÍA HACER QUE LA GOBERNANZA FUERA MÁS DEMOCRÁTICA EN EL HEMISFERIO?

Hay, en términos generales, cuatro estrategias de reforma del régimen del Capítulo 11, como parte de lo que sería un nuevo TLCAN para los países de América del Norte o una propuesta distinta a la actual para el ALCA. Las cuatro estrategias pueden denominarse de «retirada», «juridificación», «construcción de la capacidad administrativa», y «democratización».

La estrategia de la retirada eliminaría simplemente el Capítulo 11 o, cuando menos, retendría como única protección para los inversionistas extranjeros el estándar de tratamiento nacional, protegiéndolos de la discriminación en relación con los inversionistas nacionales<sup>49</sup>. Esta estrategia se apoya en la perspectiva de que el régimen «duro» del Capítulo 11 con respecto a los derechos de propiedad expansivos no sólo recorta la legislación democrática nacional, sino que eclipsa inevitablemente los instrumentos

<sup>49</sup> Este enfoque es incapaz de considerar la elasticidad del estándar de tratamiento nacional. Como se ha discutido anteriormente en la Parte IV, punto 2, los tribunales del Capítulo 11 han limitado la regulación nacional mediante un «test de necesidad», generado a partir de interpretaciones expansivas de ese estándar.

multilaterales «blandos» que protegen los derechos sociales y el medioambiente. Sin que haya perspectiva de poder «endurecer» estos últimos instrumentos, la única solución sería retirar la protección internacional de derecho duro a los derechos de los inversionistas.

La estrategia de la juridificación pretendería corregir las deficiencias que padece el MRDIE en cuanto a legitimidad e imperio de la ley, en vez de eliminarlo. Esta estrategia establecería un tribunal permanente, obligado por el principio del *stare decisis*<sup>\*</sup>, con el propósito de decidir sobre las reclamaciones presentadas por infracciones al Capítulo 11. Los miembros del tribunal serían elegidos por los Estados soberanos y responderían ante éstos, y no ante los inversionistas privados. Contarían con una buena formación en el tipo de programas legislativos que deben armonizarse con los derechos de los inversionistas según las normas obligatorias del Capítulo 11. El establecimiento de un órgano de apelación para revisar las decisiones de los tribunales podría reforzar la rectitud y la aceptación de las decisiones del MRDIE. Los valores del debido proceso se verían incorporados a través de requisitos de transparencia, normas sobre pruebas y procedimientos similares a los de otros órganos judiciales. Los Estados miembros podrían tener el poder de revisar preliminarmente las demandas de los inversionistas en el momento de su presentación inicial, y de rechazar aquellas que estuvieran en conflicto con los objetivos de las políticas públicas.

El alcance de la actuación del tribunal podría incluso ir más allá de la decisión caso por caso, ampliándose con un poder de creación de normas administrativas con el propósito de organizar coherentemente los programas concretos de inversión y regulación, y de aprovechar los beneficios de la experiencia, la adaptabilidad y la experimentación que son producto de la capacidad administrativa. En ese caso, la segunda estrategia, la juridificación, pasaría a ser la tercera estrategia de construcción de capacidad administrativa<sup>50</sup>. Pero la segunda y la tercera de las estrategias se combinarían con una mejora de las normas sustantivas del Capítulo 11 con el propósito de solucionar los desequilibrios más exagerados entre inversionistas y derechos sociales.

---

\* Expresión latina que significa aproximadamente «obligarse a lo decidido». Es la base de la doctrina del precedente. (N. del T.)

<sup>50</sup> Obsérvese que algunos organismos administrativos han desarrollado normas de regulación generales a partir de decisiones casuísticas, más que como producto de un estilo legislativo de creación normativa. Un ejemplo en Estados Unidos sería el National Labor Relations Board (NLRB, encargado de ciertas normas de derecho laboral). Sin embargo, el régimen de las normas de common law creadas por el enfoque judicial del NLRB es notablemente incoherente. La creación de normas, al lado de las decisiones judiciales, puede conceder una mayor flexibilidad y fortaleza administrativa. De manera alternativa, alguna combinación de experimentación «local,» dentro de la tradición del common law, y de coordinación centralizada y articulación de normas puede promover una solución efectiva de problemas que goce de una inmensa fuerza y adaptabilidad administrativas.

La cuarta estrategia, la democratización, comienza reconociendo que las decisiones que equilibran los derechos de inversionistas y los derechos de otros interesados en la gobernanza social, entre los que estaría la ciudadanía, son fundamentalmente políticas o valorativas en su naturaleza. Es cierto que la tercera estrategia, el desarrollo de la capacidad administrativa a nivel supranacional, puede que requiera partir de este mismo reconocimiento. La creación de un órgano administrativo supranacional, sin embargo, es una solución tecnocrática a un problema político. La democratización promete una legitimidad en el proceso de decisión que las otras tres estrategias, si llegaran a instaurarse por sí solas, no podrían proporcionar. La democratización no es incompatible con el fortalecimiento de la capacidad judicial y administrativa, pero, a diferencia de éstas, si puede asegurar su legitimidad y eficacia.

Pero, ¿existe algún camino plausible de democratización a nivel supranacional? Y si existiese ese camino, ¿podría fortalecer, en lugar de debilitar, la gobernanza democrática en los niveles nacional e internacional? Si los actores continentales tuvieran la voluntad política de instaurar una gobernanza democrática en múltiples niveles, no existiría de hecho carencia de modelos institucionales a los que recurrir. Es cierto que la arquitectura de la democracia en América sólo puede surgir de un debate político incluyente y continuo, o, de hecho, de alguna forma novedosa de «asamblea constitucional» continental<sup>51</sup>. Los Estados hegemónicos no pueden simplemente limitarse a presentar un modelo y menos aun pueden hacerlo si está redactado por personas desde un enfoque académico. Pero, inspirándose en modelos que ya están funcionando, se podría especular acerca de los contornos amplios de una democracia continental y en varios niveles, si se reconociera, como primer paso, que el proyecto de diseño merece bien un segundo paso. Muchos Estados-nación federales, al igual que instituciones regionales como la Unión Europea, surgieron a partir del establecimiento de estructuras regulatorias federales que se colocaban por encima de la gobernanza democrática de los Estados constituyentes, que continuaba vigente simultáneamente. Las características estructurales de estas instituciones proporcionan una fuente de posibilidades para América del Norte y el hemisferio. Más convincente es, tal vez, el hecho de que el propio TLCAN contiene algunas semillas para establecer una democracia continental en varios niveles.

El ACL-TLCAN, a pesar de sus enormes deficiencias, es una fuente de elementos estructurales. Primero, en el ACL-TLCAN los Estados miem-

---

<sup>5</sup> Véase Pogge (2001) para el argumento de un filósofo político de que las instituciones democráticas regionales se diseñan mejor cuando se utiliza algo parecido a las «asambleas constitucionales» democráticas incluyentes a nivel continental, y que el déficit democrático actual en la Unión Europea es producto del fracaso en seguir este tipo de procedimiento.

bros se comprometen a mejorar su desempeño por igual en un conjunto extenso de derechos sociales: el derecho de organización de los trabajadores, el derecho a la negociación colectiva, a la huelga, la no discriminación, los derechos de los trabajadores inmigrantes, la seguridad y salud en el trabajo, y otros parecidos. Aunque estos derechos se definen de manera muy general, son de hecho más específicos que los cuatro «derechos laborales esenciales» abstractos que la mayoría de los proponentes de los derechos laborales internacionales desearían que se incorporasen a los acuerdos multilaterales.

Segundo, la generalidad de estas categorías jurídicas se ve compensada por otra característica del ACL-TLCAN. Recordemos que la obligación primordial impuesta por el ACL-TLCAN a los Estados miembros es el deber de hacer cumplir los derechos laborales existentes de conformidad con el derecho doméstico. Esta obligación fundamental ha provocado muchas críticas, por la razón obvia de que no crea nuevos derechos laborales supranacionales y, por tanto, parece no añadir ningún nuevo deber material al derecho laboral preexistente de los Estados.

No obstante, en la realidad, el requisito del ACL-TLCAN de que los Estados «hagan cumplir de manera efectiva» su derecho laboral nacional es un estándar internacional potencialmente poderoso. Los tres Estados miembros del TLCAN tienen normas sustantivas laborales y de empleo muy fuertes en sus códigos y su jurisprudencia vigentes. Sin embargo, al menos dos de los Estados miembros, Estados Unidos y México, son notoriamente laxos en el cumplimiento de sus leyes vigentes. Un fortalecimiento importante del cumplimiento de los derechos laborales en estos países traería muy probablemente consigo mejoras espectaculares en las condiciones laborales reales, que llevarían sin duda a un crecimiento considerable de nuevas organizaciones sindicales creadas por los trabajadores en ejercicio de su derecho de asociación (Barenberg 1994; Weiler 1983).

Si el «cumplimiento efectivo» ofrece un estándar regional potencialmente poderoso, el «cumplimiento efectivo *del derecho existente*» es un estándar que posee ventajas inesperadas también. Conceptos como el de «derechos laborales fundamentales» u otras categorías generales de derechos son tan abstractos que proporcionan muy poco impulso real a los estándares sociales en la amplia variedad de contextos locales en los cuales debe darse un contenido específico a esos derechos. Eso es especialmente cierto en relación con los acuerdos regionales que engloban sistemas de relaciones laborales y mercados laborales que difieren marcadamente los unos de los otros.

El problema de deducir reglas específicas y aplicables a partir de declaraciones abstractas de derechos sociopolíticos invade todos los sistemas jurídicos y administrativos. Para nuestros propósitos, el derecho de asocia-

ción de los trabajadores ofrece uno de esos innumerables ejemplos. Existe acuerdo general en que ese derecho pretende incluir la facultad de los trabajadores de organizar sindicatos. Pero las reglas sobre sindicación y participación individual en los sindicatos varían grandemente entre sistemas jurídicos y políticos, y enfrentan una gran oposición. ¿Esas reglas específicas, como aquellas que obligan a la contratación exclusiva de trabajadores sindicados, los acuerdos de precontratación de obreros sindicados o las normas empresariales sobre espacio y tiempo para el ejercicio de la actividad sindical, violan el «derecho de asociación» abstracto de los trabajadores o lo respetan? Si la respuesta a esta cuestión varía según el contexto local de las relaciones laborales, ¿la invocación de la frase «derecho de asociación» ayuda a responder esta cuestión plagada de matices?

A la luz de ello, el requisito dual del ACL-TLCAN de que los Estados se comprometan, primero, a mejorar la definición de los derechos dentro de la categoría general de derechos sociales y, segundo, a mejorar el cumplimiento del derecho nacional en esas categorías, puede que no contenga lo peor de ambos mundos, como insisten sus detractores, sino lo mejor, al menos como semilla de la democracia en América. El derecho nacional proporciona una base de normas específicas que, por lo general, están bien adaptadas a los modelos nacionales e internacionales de relaciones laborales. Esa base está ausente en las invocaciones supranacionales a los «derechos de asociación».

Al mismo tiempo, el compromiso de los Estados miembros con respecto a una definición más concreta de los derechos tiene ventajas similares a las que se derivan del compromiso de los Estados de hacer cumplir más efectivamente su derecho doméstico. Ambos requisitos se prestan para una supervisión y coordinación supranacionales que «mejoren» paulatinamente las normas y los mecanismos de cumplimiento que, aunque sean insuficientes, están bien definidos a nivel local<sup>52</sup>. En el proceso, la supervisión continental puede fortalecer, más que suplantar, la capacidad democrática local, construyendo capacidades administrativas nacionales e internacionales que permitan definir y hacer cumplir mejor los derechos sociales bien especificados. En el supuesto más favorable, las instituciones continentales podrían actuar como órganos de coordinación que proporcionarían incentivos materiales y simbólicos para que los Gobiernos nacionales promovieran mejoras en la definición y el cumplimiento de los derechos sociales, en una competición por conseguir la excelencia con respecto a Estados en situación similar en todo el hemisferio.

---

<sup>52</sup> La metáfora de «elevar» progresivamente los estándares laborales se ha usado antes en referencia a los esfuerzos de organizaciones de supervisión privadas por mejorar continuamente los códigos y las prácticas empresariales (Sabel et al. 2000). En lugar de ello, usamos el término para referirnos a la mejora de las leyes laborales nacionales y locales, definidas y puestas en vigor por órganos públicos soberanos (Barenberg 1994).

¿Qué explica entonces los insignificantes beneficios que ha arrojado hasta ahora el ACL-TLCAN? La respuesta reside, precisamente, en su fracaso a la hora de proporcionar medios administrativos y jurídicos sólidos que permitan hacer cumplir sus principios y estándares, por un lado, y en la debilidad de su arquitectura democrática, por el otro. Es decir, son los mecanismos procedimentales del ACL-TLCAN, y no sus estándares materiales, los que están en la raíz de sus deficiencias. A diferencia del MRDIE, el ACL-TLCAN no proporciona ningún mecanismo administrativo o judicial que sea capaz de brindar soluciones jurídicas seguras, en el sentido general ya discutido de capacidades locales mejoradas para definir y hacer cumplir los derechos sociales.

Al mismo tiempo, el ACL-TLCAN, y a diferencia del MRDIE, tiene un componente formalmente democrático, la Comisión. Este órgano tiene una discreción amplia para articular y coordinar la respuesta continental frente al fracaso de un Estado miembro en la mejora de la definición y el cumplimiento de sus propios derechos laborales. La Comisión, sin embargo, carece de la voluntad política y de la capacidad democrática que le permitirían abordar adecuadamente esa tarea. Se compone de los ministros de trabajo respectivos de los tres Estados miembros, que son titulares de ministerios débiles que no cuentan con el poder de poner en marcha iniciativas importantes basadas en la deliberación efectiva entre los miembros de la sociedad civil.

La Comisión obtendría una legitimidad democrática y una voluntad política mayores si sus deliberaciones incluyesen no sólo a los representantes gubernamentales, sino también a las organizaciones de trabajadores y a las federaciones de empleadores de los Estados constituyentes. Para superar la exclusividad antidemocrática y el bloqueo político de una organización tripartita, como ocurre en la Organización Internacional del Trabajo, las deliberaciones de la Comisión deberían ser incluyentes y dar participación a numerosas partes. La Comisión podría incluir representantes del sector informal, que es un mercado laboral grande y creciente, no sólo en los países pobres, sino también en los ricos. Podría también incluir representantes de otros interesados en el mercado laboral importantes dentro de la economía globalizada, como la pequeña empresa, los emigrantes internacionales y domésticos, los trabajadores agrícolas y las mujeres trabajadoras<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Las mujeres trabajadoras y los nuevos trabajadores procedentes de localidades agrícolas constituyen la mayor parte de la fuerza de trabajo en las industrias para la exportación, y un segmento creciente en los mercados laborales de los países ricos. Tienen intereses propios diferenciados que giran en torno a las cuestiones del trabajo y la familia, y el trabajo y la localidad.



La deliberación dentro de un organismo regional incluyente podría promover el círculo virtuoso, descrito anteriormente, a través del cual los órganos nacionales e internacionales proporcionan conjuntamente un contenido específico a los derechos sociales abstractos. Al enfrentarse a los requisitos continentales de transparencia y publicidad, los representantes nacionales de los Gobiernos y de la sociedad civil estarían obligados a justificar y defender sus actuaciones acerca de la definición y el cumplimiento de los derechos sociales. Mediante las discusiones continentales sobre sus respectivas actuaciones a nivel nacional, los actores locales podrían aprender de sus contrapartes en todo el hemisferio. Sobre la base de esas deliberaciones democráticas acerca de las actuaciones locales desde un punto de vista comparativo, los órganos administrativos regionales podrían instituir los incentivos, descritos anteriormente, para mejorar la definición y el cumplimiento de los derechos de los actores nacionales e internacionales obligados (Barenberg 1994; Dorf y Sabel, 1998)<sup>54</sup>.

Esta arquitectura, junto con la convocatoria de foros democráticos para su diseño, debilitaría la resistencia política al establecimiento de derechos sociales continentales. Los Estados donde los salarios son bajos se resisten actualmente a la creación de derechos sociales supranacionales, aun cuando aquellos y sus poblaciones laborales se beneficiasen, en teoría, de estándares sociales que impidieran una carrera hacia el fondo de la que sacarían un provecho desproporcionado los inversionistas de los países ricos, en comparación con el resto de interesados en la región. Gran parte de la resistencia actual proviene de los Estados más débiles que, con razón, creen que Estados Unidos influenciaría, inadecuada e injustamente, la definición y el cumplimiento de los derechos sociales con el propósito de satisfacer sus intereses económicos o geopolíticos. Una respuesta frente a esa resistencia es retirarse de los organismos regionales. Otra es una mayor democratización e inclusión continentales.

## CONCLUSIÓN

La historia de la negociación del ALCA y el borrador del acuerdo dejan ver con claridad la posibilidad de que sus instituciones para la gobernanza sigan el modelo del mecanismo de gobernanza principal del TLCAN, que está en el Capítulo 11. El análisis de ese mecanismo arroja una valoración pesimista de las consecuencias del ALCA para la gobernanza, a menos que el tratado propuesto fuera revisado para incorporar nuevas instituciones

---

<sup>54</sup> Queremos volver a destacar que la respuesta concreta a cuestiones de diseño institucional como la que presentamos (por ejemplo, quiénes son los miembros adecuados de un órgano constituido por múltiples partes, que esté autorizado para promover los derechos sociales) no puede responderse mediante un modelo académico, sino que debe surgir de foros regionales o asambleas constituyentes que tengan la legitimidad de forjar al menos un consenso básico sobre cuestiones relativas a la participación democrática.

que permitieran la construcción de una democracia regional, de un mejor Estado de derecho y de capacidad administrativa.

Los árbitros del TLCAN imponen sanciones contra la legislación económica, social y medioambiental aprobada por órganos democráticamente constituidos. Al hacer eso, los tribunales del TLCAN invocan una concepción material del ordenamiento político que eleva los derechos de inversión y comercio por encima de los intereses sociales y medioambientales, al imponer un «test de necesidad» a la regulación social, limitar la delegación de autoridad a otros órganos reguladores, expandiendo la doctrina de la expropiación legislativa, y constriñendo los valores federalistas de la democracia y la experimentación locales. Las normas sustantivas del modelo TLCAN incorporan en un grado sorprendente el programa político «restaurador» de los juristas y políticos conservadores de Estados Unidos. Ese programa pretende regresar a la constitución económica anterior al *New Deal*, en la cual los derechos de propiedad y los contratos procedentes del *common law* tradicional se veían estrictamente protegidos frente a la legislación en nombre del bienestar público. Las campañas jurídicas y políticas nacionales han fracasado en tiempos recientes en su intento por restaurar la «Constitución exiliada» que suponía el *New Deal*. Pero encontraron su hogar en el diseño institucional para América del Norte del Capítulo 11.

Al mismo tiempo, la estructura procedimental del TLCAN instaaura una forma judicial desnaturalizada de gobernanza continental. Los tribunales del TLCAN carecen de las virtudes del debido proceso y del respeto al Estado de derecho que se verifican en un proceso judicial real. Carecen de la legitimidad democrática de los órganos legislativos. No poseen la capacidad de realizar la supervisión experta, continua y públicamente transparente que realizan los organismos administrativos en áreas generales de la regulación social. Y no tienen la capacidad de coordinación regional de los esfuerzos locales que permita mejorar la experimentación, la participación y la autoevaluación a la hora de solucionar los problemas sociales. Y aun así, el TLCAN autoriza a que esos tribunales arbitrales suplanten la autoridad de los legisladores, los funcionarios de la administración, los tribunales nacionales y las iniciativas políticas populares de carácter local<sup>55</sup>.

De manera perversa el modelo del Capítulo 11 debilita, por tanto, la gobernanza democrática, el imperio de la ley y la capacidad administrativa

---

<sup>55</sup> Irónicamente, los procedimientos de los tribunales del TLCAN no reúnen los estándares mínimos del Estado de derecho, aun cuando tengan el poder de decidir si los tribunales nacionales y los funcionarios administrativos cumplen con esos estándares. Es más, los árbitros del TLCAN gozan del poder de rechazar la interpretación realizada por las autoridades legales soberanas sobre normas domésticas fundamentales. Véase *supra*, sección IV. El TLCAN, por lo tanto, proporciona a los inversionistas una ruta para evadir los tribunales nacionales y los rigores del debido proceso y obtener decisiones oficiales que impongan sanciones contrarias al derecho constitucional.

en los niveles regional, nacional e internacional, de manera simultánea y con conexiones recíprocas que refuerzan esa debilidad.

Pero no tiene por qué ser así. Existen maneras prácticas e imaginables de crear instituciones continentales constituidas en varios niveles, a través de las cuales los órganos centrales y los descentralizados mejoren mutuamente su capacidad de definir de manera democrática los derechos y las políticas sociales y de hacerlos cumplir. Hemos ofrecido algunas especulaciones acerca de cómo el Acuerdo Complementario Laboral del TLCAN, por muy clamorosamente inadecuado que pueda ser ahora, podría fortalecerse para transformar el círculo vicioso de la gobernanza creado en el TLCAN en uno virtuoso<sup>56</sup>.

Sin embargo, estas especulaciones son, en el mejor de los casos, una pequeña contribución a las deliberaciones que deberían ocurrir entre Gobiernos, movimientos obreros, organizaciones medioambientales y otros grupos de la sociedad civil, si es que se quiere que la gobernanza regional sea democrática y aceptada prácticamente en todo el Hemisferio. Por esa razón, el rediseño del proceso de negociación del ALCA es, en sí mismo, una prioridad para fortalecer la democracia en la gobernanza regional. Si el proceso de negociación actual sigue adelante sin ese rediseño, el ALCA que se apruebe en el futuro socavaría probablemente la gobernanza democrática en el Hemisferio.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, Bruce (1991). *We The People: Foundations*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Barenberg, Mark (1994). «Democracy and Domination in the Law of Workplace Cooperation: From Bureaucratic to Flexible Production.» *Columbia Law Review* 9, 753-983.
- Brand, Ronald y Stephen Zamora (eds.) (1990). *Basic Documents of International Economic Law*. Washington, D.C.: Commerce Clearing House.
- Dolzer, Rudolf y Margaret Stevens (1995). *Bilateral Investment Treaties*. London: Kluwer.
- Dorf, Michael C. y Charles F. Sabel (1998). «A Constitution of Democratic Experimentalism.» *Columbia Law Review* 98, 267-473.
- Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Epstein, Richard A. (1985). *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Hart, Herbert L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Korzeniewicz, Roberto Patrick y William C. Smith. (2001). *Protest and*

---

<sup>56</sup> Véase supra sección cuarta.

*Collaboration: Transnational Civil Society Networks and the Politics of Summitry and Free Trade in the Americas. North-South Agenda Paper n. 51, North-South Center, University of Miami.*

Mann, Howard (2002). *Private Rights, Public Problems*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development.

North, Douglass (1990). *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

\_\_\_\_\_(1986). «The New Institutional Economics.» *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 142, 230-37.

\_\_\_\_\_(1981). *Structure and Change in Economic History*. New York: Norton.

Pogge, Thomas (2001). «How to Create Supra-National Institutions Democratically: Some Reflections on the European Union's Democracy Deficit». Manuscrito no publicado.

Rodrik, Dani (1999). «Institutions for High-Quality Growth: What are they and How to Acquire Them.» Ponencia leída en la Conferencia del FMI sobre *Second-Generation Reforms*, noviembre 8-9, en Washington D.C.

Sabel, Charles F., Dara O'Rourke y Archon Fung (2000). «Ratcheting Labour Standards: How Open Competition Can Save Ethical Sourcing.» En Raj Thamotheram (ed.). *Visions of Ethical Sourcing*. London: Prentice Hall.

Tribe, Lawrence (2000). *American Constitutional Law, vol. 1*. New York: Foundation Press.

Weiler, Paul (1983). «Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Self-Organization under the NLRA.» *Harvard Law Review* 96, 1769-1827.