

CAPÍTULO VI

LAS CONTROVERSIAS LABORALES Y AMBIENTALES DEL TRATADO Y SU COMPARACIÓN CON LA EXPERIENCIA DEL TLCAN

1. INTRODUCCIÓN.....	95
2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO LABO- RAL DE AMÉRICA DEL NORTE (ACLAN)	100
2.1. Generalidades del procedimiento	101
2.2. Ámbito de aplicación	101
2.3. ¿Quiénes pueden activar el mecanismo?	103
2.4. Procedimiento	103
2.4.1. Primera Etapa: Consultas y Evaluación para la Cooperación	103
2.4.2. Procedimiento Contencioso	106
2.5. Comentarios al procedimiento	110
3. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LABORALES EN EL TRA- TADO DE LIBRE COMERCIO CHILE - EE.UU.	113
3.1. Generalidades del procedimiento	113
3.2. Mecanismo de cooperación	115
3.2.1. Ámbito de aplicación	116
3.2.2. Quiénes pueden activar el procedimiento	117
3.2.3. Procedimiento	117
3.3. Mecanismo contencioso	119
3.3.1. Ámbito de aplicación	119
3.3.2. Quiénes pueden activar el procedimiento	119
3.3.3. Procedimiento	119
3.3.3.1. Primera etapa “Consultas coope- rativas” Capítulo 18	119
3.3.3.2. Etapa contenciosa Capítulo 22	120

3.4. Diferencias y semejanzas con el Acuerdo Laboral de América del Norte (ACLAN)	124
3.4.1. Diferencias	124
3.4.2. Semejanzas	129
4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO DE COOPERACIÓN AMBIENTAL DE AMÉRICA DEL NORTE (ACAAN)	130
4.1. Generalidades de los procedimientos	131
4.2. Procedimiento de cooperación	133
4.2.1. Ámbito de aplicación	133
4.2.2. Quiénes pueden activar este mecanismo	133
4.2.3. Procedimiento	133
4.3. Procedimiento contencioso entre un Estado y un particular u organización no vinculada al gobierno	135
4.3.1. Ámbito de aplicación	135
4.3.2. Quiénes pueden activar el mecanismo	136
4.3.3. Qué entiende el acuerdo por legislación ambiental	136
4.3.4. Procedimiento	137
4.3.5. Comentarios al procedimiento	140
4.4. Procedimiento contencioso entre Estados partes del Acuerdo	141
4.4.1. Ámbito de aplicación	141
4.4.2. ¿Quiénes pueden iniciar el procedimiento?	142
4.4.3. Procedimiento	142
4.4.4. Comentarios al procedimiento	146
5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CHILE Y EE.UU.	149
5.1. Ámbito de aplicación	150

5.2. ¿Quiénes pueden activar el mecanismo?	150
5.3. Procedimiento	150
5.3.1. Etapa de cooperación o conciliación	150
5.3.2. Etapa contenciosa	151
5.4. Diferencias y semejanzas con el ACAAN Acuerdo paralelo del NAFTA en materia ambiental	155
5.4.1. Diferencias	155
5.4.2. Semejanzas	157
6. CONSIDERACIONES FINALES	158

CAPÍTULO VI

LAS CONTROVERSIAS LABORALES Y AMBIENTALES DEL TRATADO Y SU COMPARACIÓN CON LA EXPERIENCIA DEL TLCAN

1. INTRODUCCIÓN

El tema de las cláusulas sociales, como relación entre comercio, trabajo y medio ambiente, se ha actualizado en ocasión de la globalidad mercantil a nivel planetario.

Las empresas que actúan de modo diversificado en el mayor número posible de regiones y mercados, crean métodos originales de producción, mercadotecnia y comercialización de productos y servicios.³⁷

Por su parte, los Estados huéspedes de las empresas transnacionales y los propios Estados utilizan un conjunto de barreras no arancelarias para proteger los mercados, vulnerando los principios oficiales de libre comercio y apertura de mercados.³⁸

³⁷ FARIA, José Eduardo. "El Derecho de la Economía Globalizada". Edit. Trotta. Madrid, 1999, p. 53.

³⁸ LEVINE, Kenneth. "Política Comercial Norteamericana". En obra colectiva *Negociacoes Comerciais Multilaterais*. Fundacao Boitoux. Florianópolis. Brasil, 2003, p. 258.

La cláusula social trata de homologar normas laborales mínimas. Su fuente primaria está basada en el respeto de los derechos humanos que buscan establecer estándares mínimos de condiciones de trabajo que deben cumplirse en la producción de los bienes y servicios exportables.

Estas cláusulas sociales que incorporan también la llamada producción sustentable (respeto al medio ambiente) pueden ser visualizadas de manera negativa o positiva. Será positiva cuando los países estimulan condiciones más favorables de acceso a sus mercados, a condición de cumplir con cláusulas sociales y, será negativa, cuando se aplican sanciones a países que exportan productos, en contravención a los estándares mínimos laborales y/o ambientales.

En efecto, las cláusulas sociales referidas a protecciones ecológicas y laborales, que al no estar reguladas específicamente en los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, dejan un amplio espacio a la discrecionalidad de las autoridades.³⁹

Así, las controversias ambientales y laborales derivadas de las cláusulas sociales carecen de una disciplina multilateral específica y las referencias se inscriben en el Preámbulo del Acuerdo Constitutivo de la OMC y en sucesivas reuniones ministeriales (Singapur, Doha, etc.), aunque es de prever que pronto sean objeto de reglamentación y sometidas, cuando menos, al órgano de solución de controversias generales (OSC).

Estas controversias, frecuentes en los mercados globales, implican cuatro aspectos convergentes:

- a) Preocupación como prácticas desleales de comercio (dumping laboral y ambiental, por ejemplo);
- b) Reducir las tasas de desempleos vinculadas a las aperturas económicas en vigor;

³⁹ JACKSON, John H. "The Jurisprudence of GATT and of the WTO". Cambridge University Press, 2000, p. 73.

- c) Aumento de la vigencia de los derechos económicos y sociales y sus implicaciones éticas en el comercio internacional, y
- d) Amenaza a que los factores citados favorezcan el proteccionismo económico de los países desarrollados, afectando las exportaciones de los países periféricos.⁴⁰

Dichas variables, denominadas por los países centrales como dumping social, se materializan en producir, en los países en desarrollo y los llamados “Nic’s” a costos de mano de obra barata en violación de los derechos de los trabajadores, artículos y bienes a precios competitivos. Esta práctica se observa, en menor escala, en el sector servicio, en el cual de cara a la globalidad están presentes. Por ejemplo, los “centros de llamadas telefónicas” localizados en la India para atender clientes domiciliados en todos los países de habla inglesa; desarrollo de software, donde los salarios de un ingeniero indonesio representan una fracción de salario de un ingeniero estadounidense o europeo, siendo dicho trabajo final transmitido vía Internet, etc.⁴¹

Por su parte, los países en desarrollo defienden estos costos productivos, aduciendo la existencia de altas tasas de desempleo y de que el costo de vida es más bajo que el existente en los países centrales y que si sus salarios fueran homologados al de los centros desarrollados, sus productos se harían menos competitivos, dado que su productividad es menor a la de los países industrializados.⁴²

En síntesis, invocar el dumping social es a todas luces una estrategia desleal de los países desarrollados, ya que con ello se impide el acceso de productos fabricados en los países periféricos y, además, promueven la exportación de productos y servicios tecnológicamente-

⁴⁰ CRETELLA NETO, José. “Direito Processual Na Organizacao Mundial do Comercio-OMC”. Editora Forense. Río de Janeiro, 2003, p. 417.

⁴¹ *Ibidem*, p. 418.

⁴² LAFER, Celso. “La OMC como reguladora del Comercio Internacional”. Una visión brasileña. Librería del Abogado. Porto Alegre, 1998, p. 37.

te avanzados, fabricados en sus territorios para los países en proceso de desarrollo.

A nivel multilateral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha creado un conjunto de principios orientadores de las legislaciones laborales internas que los tratados que veremos las incorporan como paradigmas, tanto para Chile, México, Canadá y Estados Unidos.⁴³

En cuanto al medio ambiente, el Acuerdo Constitutivo de la OMC afirma textualmente: “Las partes del presente Acuerdo reconocen que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben estimular la elevación de los niveles de vida, el pleno empleo... permitiendo la utilización óptima de los recursos mundiales... buscando proteger y preservar el medio ambiente”.

Sin embargo, este discurso declarativo no tiene un referente práctico específico, de tal suerte que la relación entre comercio y ambiente ha quedado en el ámbito de la discrecionalidad de cada tratado regional, bilateral, etc., concreto.

En este contexto, los compromisos en las llamadas cláusulas sociales que asumen los Estados son esencialmente declarativos y de cooperación, lo que los vuelve ineficaces y poco operantes.⁴⁴

No obstante, a partir de la Reunión Ministerial de Singapur (1996) y luego de Doha (2001), la Organización Mundial de Comercio ha incorporado la demanda de cuestiones ambientales a las agendas multilaterales y ha reactivado las funciones del Comité sobre Comercio y Medio Ambiente.⁴⁵

⁴³ LARA, Leoncio. “El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte” en obra colectiva, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Evaluación Jurídica: Diez años después*, Coord. Jorge Witker, *en prensa*.

⁴⁴ VEGA, Gustavo. “La Resolución de Controversias en América del Norte”. UNAM. México, 2004.

⁴⁵ MOISE MBENGUE MAKANE, “L’environnement un OVNI SUR la planète del’ OMC, en obra colectiva *L’organisation neondiale de Commercee*”, Fides La Presse, Quebec. 2002, pp. 270 a 286.

En esta misma tendencia, es necesario señalar que el artículo XX del GATT original (1947 y 1994), establece el principio del libre comercio, abierto, equitativo y no discriminatorio, condicionado a excepciones generales (siete hipótesis) donde se incluyen “salud y vida de personas, animales y vegetales; y recursos naturales no renovables”.

Estas excepciones se han planteado en controversias comerciales derivado de restricciones a exportaciones de especies animales en extinción, conflicto que ha capturado el libre comercio con bienes protegidos por convenciones como la referida al comercio internacional de especies de fauna y flora salvaje en amenaza de extinción (CITES).⁴⁶

Por su parte, la Trade Act of 2002, que regula la Autorización de Promoción Comercial (TPA) del legislativo al presidente estadounidense para negociar acuerdos de libre comercio, establece en el apartado número 11 el tema de “Trabajo y Medio Ambiente” dentro de la sección 2102 y al unir ambos tópicos, se puede hablar de las verdaderas cláusulas sociales de los tratados de libre comercio.⁴⁷

El mandato del TPA en materia de estas cláusulas sociales comprende:

1. Cumplimiento efectivo de las leyes ambientales y laborales por parte de los socios de EE.UU.
2. Reconoce que los países tienen pleno derecho a decidir sobre el destino de sus recursos, siempre que respeten las cuestiones ambientales y laborales que son prioritarias.
3. Negar el derecho a represalia basado en los derechos de establecer normas laborales internas y de protección ambiental.

⁴⁶ PASCHOAL DE FREITAS, Fabiana, “Medio Ambiente”, en obra colectiva *Negociações Comerciais Multilaterais*, FUNDAÇÃO BOITEUX, Florianópolis, Brasil, 2003, p. 224.

⁴⁷ La TPA estadounidense menciona trabajo y medio ambiente, abarcando en los hechos lo que la academia llama cláusulas sociales.

4. Propiciar el desarrollo sustentable como una forma de exigir el cumplimiento de las leyes laborales y ambientales.
5. Reducción o eliminación de prácticas y políticas gubernamentales que amenacen el desarrollo sustentable.
6. Acceso a los mercados por medio de la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias a las tecnologías, productos y servicios ambientales estadounidenses.
7. Eliminación de la discriminación arbitraria e injustificada de las exportaciones estadounidenses por parte de las políticas y prácticas ambientales o laborales de los países que negocian con los EE.UU.

Un buen ejemplo lo evidencian tanto el TLCAN como el Tratado Bilateral Chile-Estados Unidos, que en materia de cláusulas sociales quedan entregadas a lo que las respectivas legislaciones nacionales señalen, sin coacciones, candados o sanciones, que realmente expresen una defensa auténtica de los bienes jurídicos cautelados referidos al ámbito laboral y ambiental.

Al respecto el presente volumen compara y describe los mecanismos de solución de controversias en materia laboral y ambiental contemplado en los Tratados de Libre Comercio de América del Norte y en el Tratado Bilateral entre Chile y los Estados Unidos de América, instrumentos ambos que son referentes obligados para los negociadores del Área de Libre Comercio de las Américas.⁴⁸

2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO LABORAL DE AMÉRICA DEL NORTE (ACLAN)

El ACLAN es un acuerdo paralelo de cooperación complementario del TLCAN con once años de vigencia. Tiene por objeto exigir a

⁴⁸ Este ensayo forma parte de un volumen más amplio sobre Solución de Controversias en los tratados TLCAN y Chile-EE.UU. a publicarse próximamente.

empresas y gobiernos de los tres países la observancia de las legislaciones laborales internas, a fin de que comercio, inversiones y bienes respondan a salarios y condiciones de trabajo mínimos, establecidos además por las Convenciones negociadas en la Organización Internacional del Trabajo (1919).

Estructurado en 55 artículos y 7 anexos, entró en vigor el mismo día que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 1 de enero de 1994, después de una negociación ardua, en la que la posición mexicana, canadiense y del sector empresarial estadounidense, se impuso sobre la idea original de ceder autoridad, sobre cuestiones laborales a instituciones supranacionales. Actualmente su sede secretarial está radicada en la ciudad de Washington, D.C.

2.1. Generalidades del procedimiento

El mecanismo de solución de controversias del ACLAN se divide en dos etapas: una previa de consultas y evaluación para la cooperación, y una segunda etapa contenciosa establecida en la quinta parte del acuerdo, que no puede hacerse valer, sin antes haber agotado la primera fase de cooperación entre las partes.

2.2. Ámbito de aplicación

Aunque es un solo procedimiento, éste tiene distintos ámbitos de aplicación en relación a los 11 principios laborales contenidos en el anexo 1, principios que son derechos que se encuentran dentro de las legislaciones nacionales laborales y sobre los que se pueden suscitar controversias, siendo los siguientes: La libertad de asociación y el derecho a organizarse; el derecho a la negociación colectiva; el derecho de huelga; la prohibición del trabajo forzado; restricciones sobre el trabajo de menores; condiciones mínimas de trabajo tales como el pago de salario mínimo y pago de tiempo extra, que comprenden a

los asalariados, incluyendo los no cubiertos por contratos colectivos; la eliminación de la discriminación en el empleo por motivos tales como raza, religión, edad, sexo u otros que fijen las leyes internas de cada una de las Partes; el salario igual para hombres y mujeres; la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales; la compensación en casos de lesiones de trabajo y de enfermedades ocupacionales; y la protección de trabajadores migratorios.

Las controversias que se susciten sobre todos estos 11 principios consagrados en las normas técnicas de las legislaciones nacionales, pueden ser solucionados a través de las consultas entre las Oficinas Administrativas Nacionales (OAN), y si lo recomiendan las OAN, de consultas ministeriales.⁴⁹ Pero en ningún caso, las disputas que versen sobre una pauta de conducta en la aplicación de normas laborales, sobre la libertad de asociación y el derecho a organizarse; el derecho a la negociación colectiva; el derecho de huelga podrá someterse a la evaluación de un Comité Evaluador de Expertos (CEE). O sea que todas las diferencias que surjan en relación a los 11 principios podrán solucionarse a través de la primera etapa de procedimiento, consistente en la cooperación. Salvo el derecho a la libertad de asociación y el derecho a organizarse; el derecho a la negociación colectiva; el derecho de huelga sobre los cuales podrán solicitarse consultas entre OAN's y consultas ministeriales, pero sobre las que no se podrá solicitar el establecimiento de un CEE.

La etapa contenciosa del procedimiento sólo se aplica a disputas —como taxativamente señala el acuerdo— que versen sobre la aplicación de normas técnicas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salarios mínimos.

Siempre, la falta de aplicación de una legislación laboral deberá estar relacionada con el comercio y encontrarse amparada por leyes

⁴⁹ Artículos 21 y 22 del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.

laborales mutuamente reconocidas. Entendiéndose por éstas, las leyes, tanto de la Parte solicitante como de la Parte cuyas leyes han sido materia de consultas ministeriales, según el Artículo 22 –procedimiento contencioso–, que se ocupan de la misma materia general, de modo que otorguen derechos, protecciones o normas exigibles.

Las dos condiciones mencionadas en el párrafo anterior son indispensables para que la controversia pueda ser resuelta por el mecanismo establecido en el acuerdo.

2.3. ¿Quiénes pueden activar el mecanismo?

El acuerdo permite a los ciudadanos u organizaciones no gubernamentales presentar denuncias ante su propia OAN respecto a la implementación de la legislación laboral de los otros países miembros del acuerdo.

Los Estados pueden solicitar la realización de consultas ministeriales, cuando el informe de la OAN, cuya intervención fue solicitada por un ciudadano u organización no gubernamental, así lo considere.

2.4. Procedimiento

2.4.1. Primera Etapa: “Consultas y Evaluación para la Cooperación” (Arts. 20 a 26)

Las Partes procurarán lograr un consenso sobre la interpretación y la aplicación del Acuerdo, para tal efecto una OAN podrá solicitar consultas con otra OAN, previa notificación a una tercera Parte y al Secretariado, sobre la legislación laboral de la otra Parte, su administración o las condiciones del mercado laboral en su territorio. La OAN requerida sólo proporcionará la información que se encuentre a disposición pública.

Cualquier Parte, si así lo considera el informe de su OAN ante la cual se presenta una petición, podrá solicitar por escrito consultas con otra Parte a nivel ministerial, a fin de tomar medidas conjuntas sobre el caso, y en si es pertinente realizar un plan de acción.

Si un asunto no se ha resuelto después de las consultas ministeriales, cualquier Parte podrá solicitar por escrito el establecimiento de un Comité Evaluador de Expertos (CEE), previa notificación al Secretariado. A la entrega de la solicitud el Consejo establecerá un CEE.

El CEE examinará, en forma no contenciosa, *las acciones u omisiones de cada una de las Partes en la aplicación de su legislación nacional sobre seguridad e higiene en el trabajo y de otras normas laborales, siempre que estén relacionadas con el comercio y se encuentren amparadas por leyes laborales mutuamente reconocidas.*⁵⁰

El CEE se integra con tres miembros. El presidente será seleccionado por el Consejo de una lista de expertos elaborada en consulta con la OIT y, cuando sea posible, otros miembros serán designados de una lista hecha por las Partes. En su informe el CEE pueda examinar información proporcionada por el Secretariado; la OAN de cada una de las Partes; de organizaciones, instituciones y personas con conocimientos pertinentes, y del público. Cada una de las Partes tendrá oportunidad razonable de revisar y hacer observaciones sobre la información que reciba el CEE y de presentar comunicaciones escritas al CEE.

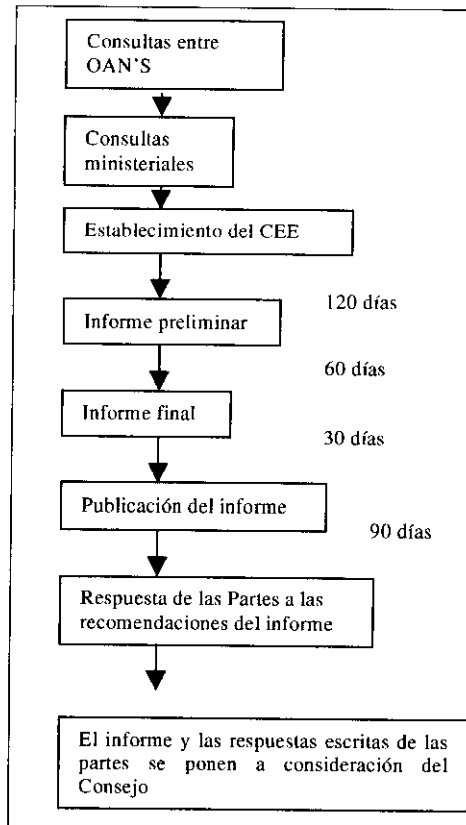
Dentro de los 120 días posteriores a su establecimiento, el CEE presentará un proyecto de informe al Consejo, que contendrá una evaluación comparativa del asunto; sus conclusiones y, cuando sea apropiado, las recomendaciones prácticas. Cada una de las Parte podrá presentar por escrito al CEE sus opiniones sobre el proyecto de informe, las que serán tomadas en cuenta para la elaboración del informe final.

⁵⁰ Artículo 23 del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN).

El CEE someterá un informe final al Consejo, 60 días después de la presentación de su proyecto de informe, el cual será publicado 30 días después de su presentación al Consejo. Las Partes se proporcionarán entre sí y al Secretariado, respuestas escritas a las recomendaciones contenidas en el informe, 90 días después de su publicación. El informe final y las respuestas escritas serán puestas a la consideración del Consejo en su próxima sesión ordinaria. (Cuadro 1)

CUADRO 1

PROCEDIMIENTO DE CONSULTAS Y EVALUACIÓN PARA LA COOPERACIÓN



2.4.2. Procedimiento Contencioso (Arts. 27 - 36)

Después de la presentación al Consejo del informe final del CEE *relativo a la aplicación de la legislación laboral de una Parte en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salarios mínimos*, cualquier Parte podrá solicitar por escrito consultas con otra respecto a la existencia de omisiones de esa otra Parte en la aplicación efectiva de su legislación laboral.

Cuando las Partes no logren resolver el asunto en los 60 días posteriores a la entrega de la solicitud de consultas, cualquiera podrá solicitar por escrito una sesión extraordinaria del Consejo, que se reunirá en los 20 días siguientes a la entrega de la solicitud. Para resolver la controversia éste puede convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o formular recomendaciones. Las recomendaciones se harán públicas, si así lo decide mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Cuando juzgue que un asunto corresponde propiamente al ámbito de otro acuerdo del que sean parte las Partes, el Consejo les remitirá el asunto para que adopten las medidas que procedan conforme a dicho acuerdo.⁵¹

Si un asunto no se resuelve en los 60 días posteriores a la reunión del Consejo, a solicitud escrita de cualquier Parte, el Consejo decidirá, mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros, convocar un panel arbitral para examinar el asunto, cuando las presuntas pautas omisiones de la Parte demandada en la aplicación de su legislación laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo esté relacionada con el comercio y se encuentre amparada por leyes laborales mutuamente reconocidas.

⁵¹ Artículo 28 del Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN).

Cuando haya dos Partes contendientes, el panel se integrará por cinco miembros. La designación del presidente del panel se realizará en los 15 días siguientes a la votación del Consejo para la integración del mismo. En caso de que las Partes no logren llegar a un acuerdo en este período, una de ellas, electa por sorteo, designará, en el plazo de 5 días, al presidente, que no será ciudadano de la Parte que hace la designación. Dentro de los 15 días siguientes a la elección del presidente, cada Parte seleccionará a dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente. Si una no selecciona a sus panelistas dentro de ese lapso, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte.

Cuando haya más de dos Partes contendientes, el panel también se integrará por cinco miembros, bajo las reglas del párrafo anterior, sólo que los términos cambian.

Dentro de los 180 días siguientes al nombramiento del último panelista, el panel presentará a las Partes un informe preliminar, que contendrá: las conclusiones de hecho; la determinación sobre si ha habido de la Parte demandada en la aplicación efectiva de sus normas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo en un asunto relacionado con el comercio y amparado en leyes laborales mutuamente reconocidas, o cualquier otra determinación solicitada en el acta de misión; y en su caso sus recomendaciones, cuando las haya, para la solución de la controversia, las cuales normalmente serán que la Parte demandada adopte y aplique un plan de acción suficiente para corregir la pauta de no aplicación. Los panelistas podrán formular votos particulares sobre cuestiones en que no exista acuerdo unánime.

Las Partes podrán hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar, en los 30 días siguientes a su presentación. En este caso y luego de examinar las observaciones escritas, el panel podrá, de oficio o a petición de alguna Parte, solicitar las observaciones

de cualquier Parte involucrada; reconsiderar su informe; y llevar a cabo cualquier examen ulterior que considere pertinente.

El panel presentará a las Partes contendientes un informe final, 60 días después de la presentación del informe preliminar. Las Partes contendientes comunicarán al Consejo el informe final, así como todas las opiniones escritas que ellas deseen anexar, en los 15 días siguientes a que les sea presentado y se publicará cinco días después de su comunicación al Consejo.

Cuando un panel ha determinado, en su informe, que ha habido omisiones de la Parte demandada en la aplicación de sus normas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo, los Estados Partes podrán acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio, el cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del panel. Que en caso de incumplimiento o de aplicación insuficiente por la parte demandada podrá dar lugar a la imposición por panel de una multa,⁵² que

⁵² Artículo 39 del ACLAN, el que establece lo siguiente:

1. Cuando un panel ha determinado, en su informe final, que ha habido una pauta persistente de omisiones de la Parte demandada en la aplicación efectiva de sus normas técnicas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo, y las Partes contendientes no han llegado a un acuerdo sobre un plan de acción, de conformidad con el Artículo 38 dentro de los 60 días siguientes a la fecha del informe final; o

b. las Partes contendientes no llegan a un acuerdo respecto a si la Parte demandada está cumpliendo plenamente con:

- i. el plan de acción acordado conforme al Artículo 38,
 - ii. el plan de acción que se considere establecido por el panel conforme al párrafo 2; o
 - iii. el plan de acción aprobado o establecido por un panel conforme al párrafo 4,
- cualquiera de las Partes contendientes podrá solicitar que el panel se reúna de nuevo. La Parte solicitante entregará la solicitud por escrito a las otras Partes y al Secretariado. Entregada la solicitud al Secretariado, el Consejo convocará de nuevo al panel.

2. Ninguna de las Partes podrá presentar una solicitud conforme al párrafo 1(a) en un plazo menor de 60 días, ni después de los 120 días posteriores a la fecha del informe final. Cuando las Partes contendientes no hayan llegado a un acuerdo sobre un plan de acción y si

de no ser cubierta devendrá en la suspensión de los beneficios arancelarios del tratado hasta cubrir el monto de la contribución, situación en la cual se eliminará la suspensión.

La suspensión de los beneficios, pueden ser en un sector o en varios según se considere lo más adecuado y eficaz, para cubrir la

Continuación nota ⁵²

no se ha presentado una solicitud conforme al párrafo 1(a), 120 días después de la fecha del informe final se considerará establecido por el panel el último plan de acción, si lo hay, presentado por la Parte demandada a la Parte o Partes reclamantes en un plazo de 60 días posteriores a la fecha del informe final, o en cualquier otro período acordado por las Partes contendientes.

3. Una solicitud conforme al párrafo (1)(b) podrá presentarse después de 180 días posteriores a que un plan de acción:

- a. se haya acordado de conformidad con el Artículo 38;
- b. haya sido considerado o establecido por el panel de conformidad con el párrafo 2; o
- c. haya sido aprobado o establecido por un panel de conformidad con el párrafo 4; y únicamente durante el período de cualquier plan de acción.

4. Cuando un panel se reúna de nuevo conforme al párrafo 1(a):

a. determinará si cualquier plan de acción propuesto por la Parte demandada es suficiente para corregir la pauta de no aplicación, y

i. en caso de serlo, aprobará el plan; o

ii. en caso de no serlo, establecerá un plan conforme con la legislación de la Parte demandada, y

b. podrá, si lo amerita, imponer una contribución monetaria de conformidad con el Anexo 39, dentro de los 90 días posteriores a que el panel se haya reunido de nuevo o en cualquier otro período que acuerden las Partes contendientes.

5. Cuando un panel se reúna de nuevo conforme al párrafo (1)(b), determinará si:

a. la Parte demandada está cumpliendo plenamente con el plan de acción, en cuyo caso el panel no podrá imponer una contribución monetaria; o

b. la Parte demandada no está cumpliendo plenamente con el plan de acción, en cuyo caso el panel impondrá una contribución monetaria de conformidad con el Anexo 39, dentro de los 60 días posteriores a que se haya reunido de nuevo o en cualquier otro período que acuerden las Partes contendientes.

6. Un panel vuelto a convocar de conformidad con este Artículo dispondrá que la Parte demandada cumpla plenamente con cualquiera de los planes de acción a que se refiere el párrafo 4(a)(ii) o 5(b), y que pague la contribución monetaria que se le haya impuesto de conformidad con el párrafo 4(b) o 5(b), y esa disposición será definitiva.

multa correspondiente, traerá como consecuencia el levantamiento de la suspensión de beneficios. (Cuadro 2, ver en página 112)⁵³

2.5. Comentarios al procedimiento

El objetivo del ACLAN es promover que las autoridades de cada país apliquen de manera efectiva su propia legislación laboral nacio-

⁵³ Artículo 41: Suspensión de beneficios.

1. Conforme al Anexo 41A, cuando una Parte no haya pagado la contribución monetaria dentro de los 180 días posteriores a que el panel se la haya impuesto:

a. conforme al Artículo 39(4)(b), o

a. conforme al Artículo 39(5)(b), salvo cuando los beneficios puedan ser suspendidos conforme el párrafo 2(a), la Parte o Partes reclamantes podrán suspender respecto a la Parte demandada, de conformidad con el Anexo 41B, beneficios derivados del TLC, por un monto no mayor al necesario para cobrar la contribución monetaria.

2. Conforme al Anexo 41A, cuando un panel haya hecho una determinación conforme al Artículo 39(5)(b) y el panel:

a. anteriormente haya impuesto una contribución monetaria de conformidad con el Artículo 39(4)(b) o establecido un plan de acción de conformidad con el Artículo 31(4)(a)(ii); o

b. haya determinado subsecuentemente conforme al Artículo 40 que una Parte no está cumpliendo plenamente con el plan de acción, la Parte o Partes reclamantes podrán suspender anualmente respecto a la Parte demandada, de conformidad con el Anexo 41B, beneficios derivados del TLC por un monto no mayor al de la contribución monetaria impuesta por el panel de conformidad con el Artículo 39(5)(b).

3. Cuando más de una de las Partes reclamantes suspendan beneficios conforme al párrafo 1 ó 2, la suspensión combinada no será mayor a la aplicación del monto de la contribución monetaria

4. Cuando una Parte suspenda la aplicación de beneficios conforme al párrafo 1 ó 2, el Consejo, previa entrega de solicitud escrita por la Parte demandada a las otras Partes y al Secretariado, convocará de nuevo al panel para que determine, según sea el caso, si se ha pagado o cobrado la contribución monetaria, o si la Parte demandada está cumpliendo plenamente con el plan de acción. El panel presentará su informe dentro de los 45 días posteriores a su reunión. Si el panel concluye que se ha pagado o cobrado la contribución monetaria, o que la Parte demandada está cumpliendo plenamente con el plan de acción, según sea el caso, se dará por terminada la suspensión de beneficios conforme al párrafo 1 ó 2.

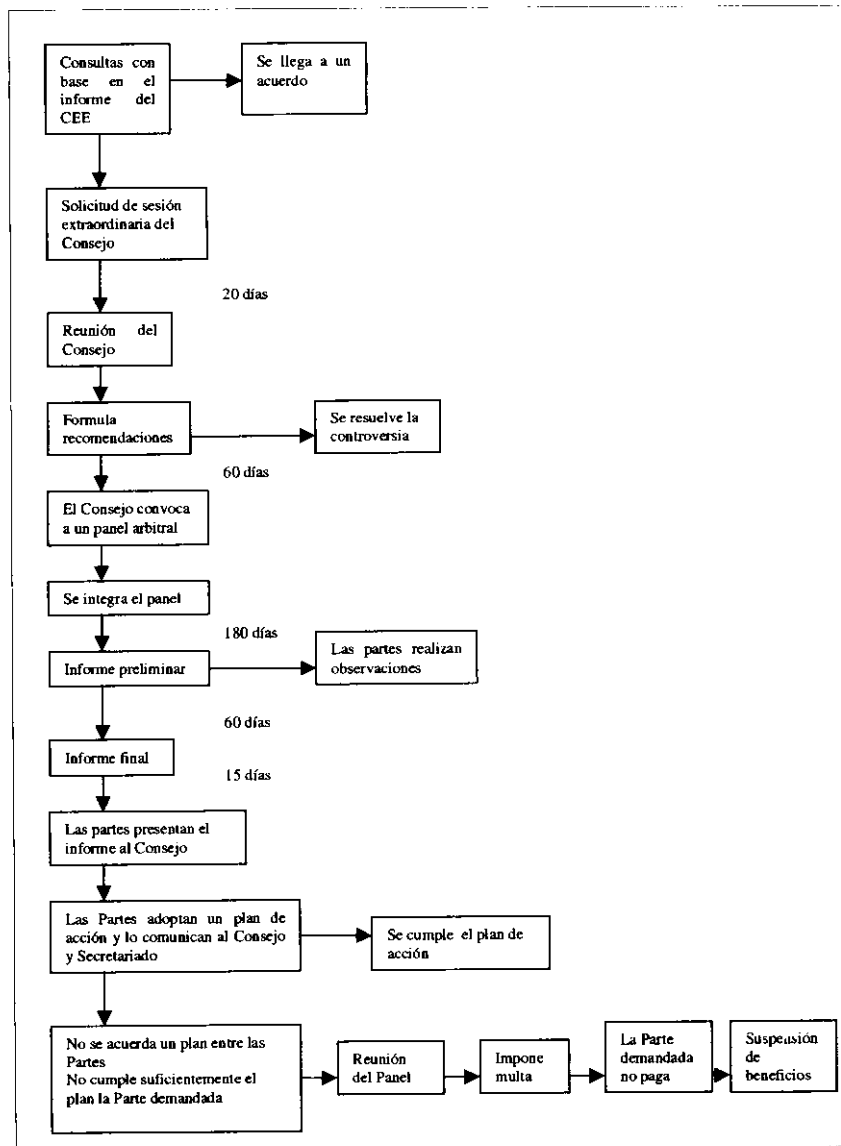
5. El Consejo reunirá de nuevo al panel, previa entrega de solicitud escrita de la Parte demandada a las otras Partes y al Secretariado, para que determine si la suspensión de beneficios por la Parte o las Partes reclamantes de acuerdo con el párrafo 1 ó 2, es manifiestamente excesiva. Dentro de los 45 días posteriores a la solicitud, el panel presentará a las Partes contendientes un informe que contenga su determinación.

nal, y también administren de forma transparente dicha administración. Para lograr tal objetivo, establece un mecanismo de solución de diferencias de gobierno a gobierno respecto de casos en donde se alegan violaciones a las disposiciones del acuerdo, permitiendo la participación de ciudadanos y organizaciones no gubernamentales.

Hasta la fecha, ninguna comunicación pública ha progresado más allá de la consulta ministerial. Inclusive las comunicaciones que ameritan acceso a los mecanismos de arbitraje han concluido a nivel de las consultas ministeriales. Este papel del ACLAN le ha valido a la denominación de un acuerdo blando, pues no establece disposiciones que establezcan obligaciones precisas y vinculatorias, permitiendo a líderes estatales enfrentar asuntos y presiones domésticas e internacionales sin sacrificar formalmente su autoridad de actuar con libertad en asuntos internos políticamente sensibles, proporcionando al mismo tiempo a grupos de la sociedad civil un foro donde se denuncian violaciones de los derechos establecidos en el acuerdo, y estas denuncias junto con otras estrategias y acciones políticas, pueden llevar al cumplimiento por parte de los Estados de los términos de dicho acuerdo.

Esta función del ACLAN ha sido percibida por los iniciadores de las Comunicaciones Públicas, quienes han reconocido que el valor de este acuerdo laboral es más político que legal, en el sentido de que no esperan que las resoluciones de la ONA produzcan cambios inmediatos y tangibles de conducta por parte de sus autoridades.

CUADRO 2
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO



3. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LABORALES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CHILE Y EE.UU. (CAPÍTULO 18)

El Tratado de Libre Comercio bilateral entre Chile y Estados Unidos de América se suscribió en el año 2003. Entró en vigor el 1º de enero de 2004 y en cumplimiento a la Autorización de Promoción Comercial (TPA) del Congreso estadounidense, regula la llamada cláusula social, que textualmente expresa: Derechos básicos de los trabajadores:

- Derecho de Asociación
- Derecho a la organización sindical
- Prohibición de trabajos forzados u obligatorios
- Prohibición del trabajo infantil
- Respeto a salario mínimo, jornada laboral, estabilidad laboral y derecho a la salud.

Es decir, reproduce los derechos básicos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece, y que la República de Chile ha ratificado con anterioridad en la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (1998)*.

Conviene mencionar, además, que la TPA estadounidense contempla como adición a la cláusula social precedente, una sección referida a “Trabajo y Medio Ambiente”, así como la inducción a la cooperación entre la Organización Mundial de Comercio y la OIT.

3.1. Generalidades del procedimiento

El tratado establece dos mecanismos: uno de cooperación, y otro contencioso. Aunque la solución de controversias se dé propiamente en el segundo procedimiento, pues en el primero las Partes pretenden coordinar esfuerzos a través de una serie de actividades, a fin de cumplir con el perfeccionamiento de su legislación interna y con los

compromisos adquiridos en virtud de la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

La primera fase del procedimiento contencioso del acuerdo puede aplicarse a cualquier problema que se derive del capítulo 18, pero la segunda etapa del procedimiento, contemplada en el capítulo 22, que establece el procedimiento de solución de controversias general, al que remite el capítulo 18, sólo puede aplicarse a las disputas que se susciten por la falta de aplicación de la legislación laboral que afecte el comercio, a través de una acción o inacción recurrente de un Estado Parte.

Conviene destacar que el término “legislación laboral”, para efectos del tratado debe entenderse como, “*las leyes o regulaciones de cada Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:*

- (a) *el derecho de asociación;*
- (b) *el derecho de organizarse y negociar colectivamente;*
- (c) *la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;*
- (d) *una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y*
- (e) *condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional”.*⁵⁴

La participación de las personas y las organizaciones no gubernamentales en los mecanismos de solución contemplados dentro del capítulo, no tiene una adscripción específica, a un procedimiento, el texto sólo señala que éstas podrán presentar a los puntos de contacto, que para tal efecto establezcan las partes al interior de sus ministerios de trabajo, comunicaciones públicas, y que tales oficinas se encarga-

⁵⁴ Artículo 18.8 del Tratado de Libre Comercio Chile-EUA.

ran de su consideración y de su remisión a la otra parte, para que ésta revise dicha comunicación, de acuerdo a sus propios procedimientos internos.⁵⁵

De lo expresado en el párrafo anterior, la participación de las personas y organizaciones no gubernamentales podría implicar un tercer procedimiento dentro del capítulo, que se establecería entre éstas y los Estados partes, a diferencia de los dos mecanismos anteriores, en los cuales el asunto incumbe sólo a los Estados.⁵⁶

3.2. Mecanismo de cooperación

Este mecanismo⁵⁷ no tiene una naturaleza contenciosa, sino cooperativa, que pretende evitar controversias futuras y respaldar los derechos laborales fundamentales establecidos dentro del marco de la OIT, y que se encuentran considerados de igual forma en la TPA estadounidense.

⁵⁵ El artículo 18.4 referente al Consejo de Asuntos Laborales establece en sus párrafos en relación a la participación de las personas físicas y organizaciones no gubernamentales lo siguiente:

“6. Cada Parte podrá convocar un comité consultivo nacional o un comité asesor, según corresponda, integrado por personas de su sociedad, incluyendo representantes de sus organizaciones de trabajadores y de empresarios y otras personas, que entreguen sus opiniones relativas a la aplicación de este Capítulo.

7. El punto de contacto de cada Parte se encargará de la presentación, recepción y consideración de las comunicaciones públicas relativas a materias de este Capítulo y pondrá tales comunicaciones a disposición de la otra Parte y de la sociedad. Cada Parte revisará dichas comunicaciones, según corresponda, de acuerdo con sus propios procedimientos internos”.

⁵⁶ Considerar estas disposiciones como un tercer mecanismo tiene sustento en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN), analizado en el capítulo tercero del presente trabajo y que al igual que este tratado laboral sólo contiene algunas disposiciones sobre la participación de personas y organizaciones no gubernamentales en un solo artículo, que ha sido considerado por la literatura especializada como un mecanismo en el ACAAN, aunque en el texto no se señala expresamente como tal.

⁵⁷ Regulado por el artículo 18.5.

3.2.1. *Ámbito de aplicación*

El tratado se aplica a actividades de cooperación relacionadas con las siguientes materias:

- *Derechos fundamentales y su aplicación efectiva*: legislación, práctica e implementación de los elementos básicos de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*, (libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil, incluyendo las peores formas de trabajo infantil, en cumplimiento del *Convenio N° 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (1999)*, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación);
- *Relaciones laborales*: formas de cooperación entre trabajadores, empleadores y gobiernos, incluyendo la solución de conflictos laborales;
- *Condiciones de trabajo*: legislación, práctica e implementación relativas a la seguridad y salud en el trabajo; prevención y compensación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y condiciones de trabajo;
- *Asuntos relativos a la pequeña y mediana empresa*: promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; mejoría de las condiciones de trabajo; medios de colaboración entre empleadores y representantes de los trabajadores, y servicios sociales de protección convenidos entre organizaciones de trabajadores y empleadores o sus asociaciones;
- *Protecciones sociales*: desarrollo de recursos humanos y capacitación en el empleo; prestaciones en beneficio de los trabajadores; programas sociales para trabajadores y sus familias; trabajadores migrantes; programas de reconversión laboral y

- protección social, incluyendo seguridad social, protección de las remuneraciones y servicios de salud;
- *Cuestiones técnicas e intercambio de información:* programas, metodologías y experiencias relativas al incremento de la productividad; estadísticas laborales, incluyendo información comparable; asuntos y actividades actuales en la OIT; consideración y estímulo de buenas prácticas laborales y el uso efectivo de tecnologías, incluidas las basadas en Internet; e
 - Implicancias entre las Partes de la integración económica para el logro de los respectivos objetivos nacionales en materia laboral.⁵⁸

3.2.2. Quiénes pueden activar el procedimiento

Los encargados de esta labor de cooperación son los Estados Partes, que interactúan mediante sus oficinas de contacto, dentro de los ministerios de trabajo.

3.2.3. Procedimiento

Las partes mediante el intercambio de delegaciones de gobierno, profesionales y especialistas, visitas de estudio, de información, normas, regulaciones, procedimientos y buenas prácticas, incluyendo el intercambio de publicaciones y monografías pertinentes; la organización conjunta de conferencias, seminarios, talleres, reuniones, sesiones de capacitación y programas de extensión y educación; el desarrollo de proyectos y presentaciones de colaboración; la implementación de proyectos de investigación, estudios e infor-

⁵⁸ Anexo 18.5 del Capítulo 18 del Tratado de Libre Comercio Chile-EUA.

mes; el aprovechamiento de los conocimientos especializados de las instituciones académicas y de otro tipo en sus territorios, para el desarrollo e implementación de programas de cooperación y la promoción de relaciones entre dichas instituciones en materias técnicas laborales, etc., podrá desarrollar las actividades de cooperación siguientes:

- Establecer prioridades para las actividades de cooperación;
- Desarrollar y revisar periódicamente un programa de trabajo sobre actividades específicas de cooperación de acuerdo con esas prioridades;
- Intercambiar información sobre políticas laborales, aplicación efectiva de la legislación y prácticas laborales en los territorios de ambas Partes;
- Intercambiar información sobre las mejores prácticas laborales, incluyendo las adoptadas por empresas multinacionales, pequeñas y medianas empresas y otras empresas privadas, así como por las organizaciones representativas de los trabajadores, y promover tales prácticas;
- Promover la comprensión, el respeto y la efectiva implementación de los principios que refleja la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*;
- Promover la recolección y publicación de información comparable sobre normas laborales, indicadores del mercado laboral y actividades de aplicación de las leyes;
- Organizar sesiones periódicas de revisión de la cooperación laboral, a solicitud de cualquiera de las Partes, sobre las actividades de cooperación en curso entre las Partes, y proporcionar orientación sobre futuras actividades de cooperación entre ellas, y
- Elaborar recomendaciones para la consideración de sus respectivos gobiernos.

3.3. Mecanismo contencioso

El procedimiento contencioso se encuentra dividido en dos etapas: una cooperativa establecida en el capítulo 18, y otra establecida en el capítulo 19 referida a la conformación del grupo arbitral, etapas que desarrollaremos a continuación.

3.3.1. Ámbito de aplicación

La primera parte del mecanismo se aplica a cualquier controversia que surja dentro del marco del capítulo 18, se trate o no del cumplimiento de normas laborales. Sólo cuando el conflicto verse sobre la inaplicabilidad de una legislación laboral que afecte el comercio, podrá recurrirse a la segunda parte del procedimiento, establecida en el capítulo 22, ya que el capítulo 18 remite a aquél lo referente a la reunión de la Comisión y la integración del panel arbitral, así como el cumplimiento del informe de éste.

3.3.2. Quiénes pueden activar el procedimiento

El procedimiento lo activan los Estados Partes, al igual que en el ACLAN, pues en éste las personas y las organizaciones no gubernamentales no tienen la capacidad legal para intervenir.

3.3.3. Procedimiento

3.3.3.1. Primera etapa “Consultas cooperativas” Capítulo 18

Una Parte podrá solicitar la realización de consultas con la otra Parte, respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con el Capítulo 18, mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto que la otra Parte haya designado. Si no se alcanza una solu-

ción, cualquiera de ellas solicitará que el Consejo sea convocado para examinar el asunto, previa entrega de solicitud escrita a la otra Parte.

El Consejo será convocado procurando resolver el asunto, recurriendo cuando corresponda, a consultas con expertos externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación.

3.3.3.2. Etapa contenciosa Capítulo 22

Sólo cuando el asunto se refiera a la no aplicación recurrente de la legislación laboral de una Parte, que afecta al comercio, se podrá activar el mecanismo contencioso contenido en el capítulo 22 del tratado, previo agotamiento de la etapa de cooperación o conciliación como requisito indispensable.⁵⁹

Sí después de 60 días posteriores a la presentación de la solicitud de consultas realizadas de conformidad con el capítulo 18, las partes no han resuelto el asunto, se presentan dos derechos que la Parte requirente puede ejercer. El primero es optar por la realización de nuevas consultas a la luz del capítulo 22; o solicitar directamente la reunión de la Comisión de conformidad con el mismo capítulo.

Como vemos, se haya solicitado o no la celebración de consultas conforme al capítulo 22, las partes podrán solicitar la reunión por escrito de la Comisión, que se reunirá en los 10 días siguientes a la

⁵⁹ Así lo establece claramente el artículo 18.6, párrafo 7 que señala:

“7. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación a lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al artículo 18.2(1)(a)”.

El artículo 18.2 (1) (a) establece a su vez que “una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, lo que se traduce en que, si un Estado Parte deja de aplicar su legislación, entonces la otra Parte afecta podrá aplicar las disposiciones del capítulo 22 referente al establecimiento del panel arbitral.

entrega de la solicitud, procurando resolver la controversia, convocando a asesores técnicos, creando grupos de trabajo o grupos de expertos; recurriendo a los buenos oficios, la conciliación, la mediación, etc.; y formulando recomendaciones.

Si la Comisión no logra dar solución a la controversia, en los 30 días siguientes a su reunión; o dentro de los 75 días siguientes a la entrega de la solicitud de consultas de conformidad con el artículo 22.4 (consultas realizadas dentro del marco del capítulo 22), cuando ésta no se hubiere reunido dentro de los 10 días siguientes a la solicitud de su integración, cualquier parte podrá solicitar la reunión por escrito de un grupo arbitral

El grupo arbitral se integrará de 3 miembros. Las Partes procurarán acordar la designación del presidente del grupo arbitral dentro de los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud para el establecimiento del mismo. Si dentro de este período no logran llegar a un acuerdo, el presidente será elegido por sorteo, en un plazo de tres días, entre los integrantes de la lista de árbitros que no sean nacionales de las Partes. Dentro de los 15 días posteriores a la selección del presidente, cada Parte seleccionará a un árbitro; si una no selecciona a su árbitro dentro del plazo indicado, éste será seleccionado por sorteo, en un plazo de tres días, entre los integrantes de la lista que sean nacionales de la Parte.

Dentro de los 120 días siguientes a la elección del último árbitro, el grupo arbitral presentará a las Partes un informe preliminar señalando las conclusiones de hecho, su determinación sobre si una de las Partes ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones de conformidad con este Tratado y sus recomendaciones. Una Parte podrá presentar al grupo arbitral observaciones por escrito sobre el informe preliminar en los 14 días posteriores a la presentación de dicho informe, el que después de examinarlas podrá reconsiderarlo y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente.

El grupo arbitral presentará un informe final y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en las que no haya habido decisión unánime, 30 días después de la presentación del informe preliminar.

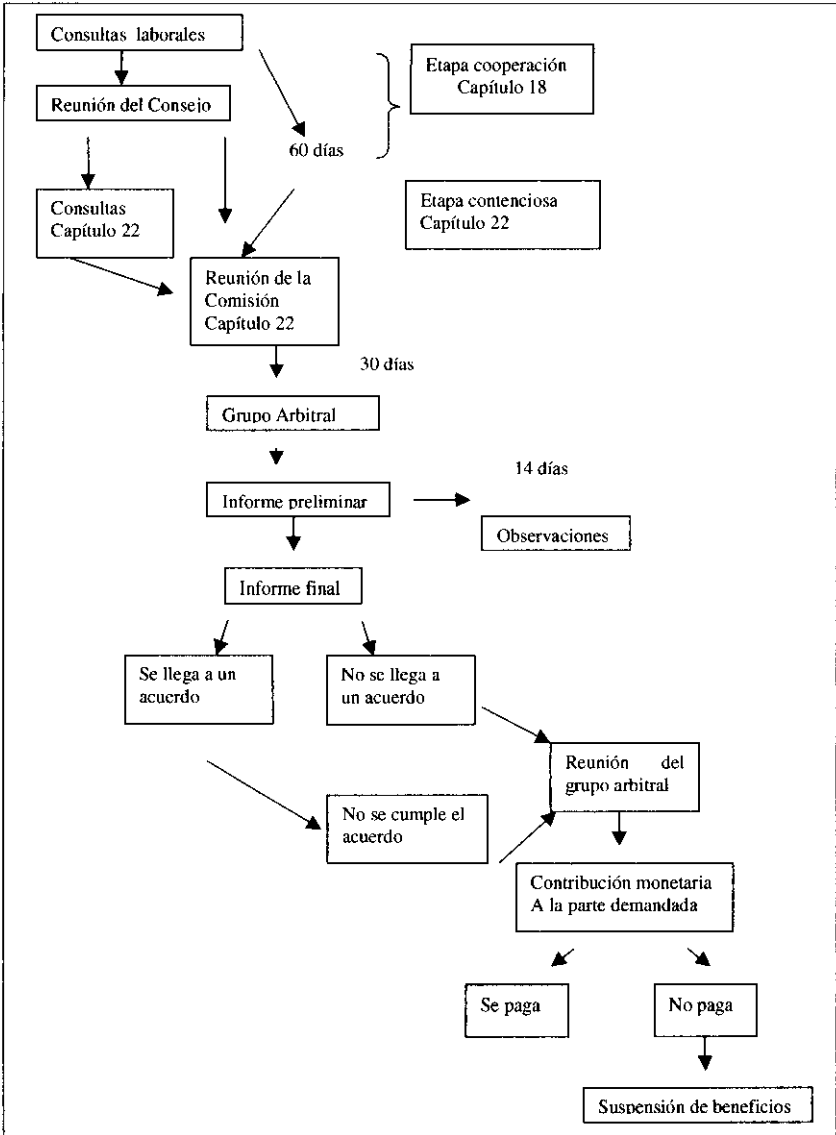
Al recibir el informe final del grupo arbitral, las Partes acordarán la solución de la controversia, ajustándose a las determinaciones y recomendaciones establecidas en éste.

Si en su informe el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con sus obligaciones y las Partes no logran llegar a un acuerdo sobre una solución dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final; o han convenido una solución y la Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con los términos del acuerdo, la Parte reclamante podrá solicitar que el grupo arbitral se constituya nuevamente, para que imponga una contribución monetaria anual a la otra Parte. La Parte reclamante entregará su petición por escrito a la otra Parte. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible tras la entrega de la solicitud.

El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria dentro de los 90 días posteriores a su constitución. Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar la multa, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o para garantizar el cumplimiento de otro modo. Dichas acciones pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios de conformidad con este Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución

Finalmente, si la Parte demandada considera haber cumplido ya con lo acordado, solicitará la reunión del grupo arbitral, que emitirá su respuesta después de 90 días. Si el grupo arbitral decide que la Parte demandada ha eliminado a la disconformidad, la Parte reclamante restablecerá, sin demora, los beneficios que hubiere suspendido.

CUADRO 3
ETAPA COOPERATIVA Y CONTENCIOSA DEL TLC CHILE-EUA



3.4. Diferencias y semejanzas con el Acuerdo Laboral de América del Norte (ACLAN)

Una vez analizado el ACLAN y el capítulo 18, resta ahora realizar una comparación formal y sustancial de las disposiciones de ambos acuerdos en materia de solución de controversias laborales.

3.4.1. Diferencias

Atendiendo a la forma jurídica de las disposiciones, que puede incidir en la obligación de cumplimiento de los Estados Partes, es de destacar que el procedimiento de solución de controversias laborales dentro del marco del NAFTA está contemplado en un acuerdo paralelo, el ACLAN. A diferencia del Tratado de Libre Comercio entre Chile y EUA, en donde el mecanismo de solución de controversias se establece en un capítulo del tratado, y no en un instrumento conexo.

Señalamos que la diferencia anterior puede incidir en el cumplimiento del acuerdo, pues recordemos que en EUA existen diversos tipos de tratados o acuerdos, y por tanto éstos obligan de una forma diferente a EUA. en sus relaciones comerciales internacionales.

Por otro lado, las normas en el Tratado chileno son muy resumidas y poco específicas, a diferencia de las contenidas en el texto del ACLAN, lo que plantea cierta ambigüedad, al momento de su interpretación. No obstante, en cuando al fondo, salvo algunas diferencias en la materia de las controversias, podemos acotar que hay similitud, como veremos a continuación.

Atendiendo a otra diferencia, los derechos laborales que constituyen la materia de las legislaciones nacionales sobre las que se alegue incumplimiento, no son los mismos en el ACLAN, que en el Tratado chileno.

Para el ACLAN, la legislación laboral sobre la cual se alegue incumplimiento, deberá de estar relacionada directamente con los derechos siguientes:

- a) la libertad de asociación y el derecho a organizarse;
- b) el derecho a la negociación colectiva;
- c) el derecho de huelga;
- d) la prohibición del trabajo forzado;
- e) restricciones sobre el trabajo de menores;
- f) condiciones mínimas de trabajo, tales como el pago de salario mínimo y pago de tiempo extra, que comprenden a los asalariados, incluyendo los no cubiertos por contratos colectivos;
- g) la eliminación de la discriminación en el empleo por motivos tales como raza, religión, edad, sexo u otros que fijen las leyes internas de cada una de las Partes;
- h) el salario igual para hombres y mujeres;
- i) la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales;
- j) la compensación en casos de lesiones de trabajo y de enfermedades ocupacionales;
- k) la protección de trabajadores migratorios.

En cambio en el tratado chileno, la legislación laboral que no aplique una parte deberá estar relacionada con los derechos siguientes:

- a) el derecho de asociación;
- b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente;
- c) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- d) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y
- e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

Estos derechos consagrados en las legislaciones nacionales, consagrados por la OIT, se identifican con los 11 principios, contenidos

en el ACLAN, y sobre los que pueden realizarse en ambos acuerdos tareas de cooperación, no así en las etapas contenciosas como analizaremos más adelante, a fin de garantizar su cumplimiento en las jurisdicciones nacionales y contribuir a su perfeccionamiento.

Estos 11 principios se encuentran contenidos en el ACLAN en su anexo 1,⁶⁰ en cambio en el tratado chileno se encuentran en el

⁶⁰ Anexo 1 del ACLAN: Principios laborales.

Los siguientes son lineamientos que las Partes se comprometen a promover, bajo las condiciones que establezca su legislación interna, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación. Su propósito es delimitar áreas amplias de atención en que las Partes han desarrollado, cada una a su manera, leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas que protegen los derechos y los intereses de sus respectivas fuerzas de trabajo.

1. Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse.

El derecho de los trabajadores, ejercido libremente y sin impedimento, para instituir organizaciones y unirse a ellas por elección propia, con el fin de impulsar y defender sus intereses.

2. Derecho a la negociación colectiva.

La protección del derecho de los trabajadores organizados a negociar libremente, en forma colectiva, los términos y condiciones de empleo.

3. Derecho de huelga.

La protección del derecho de huelga de los trabajadores, con el fin de defender sus intereses colectivos.

4. Prohibición del trabajo forzado.

La prohibición y abolición de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio, excepto tipos de trabajo obligatorio en casos generalmente aceptados por las Partes, tales como: El servicio militar obligatorio, ciertas obligaciones cívicas, el trabajo en las prisiones sin que sea para propósitos privados, y el trabajo requerido en casos de emergencia.

5. Restricciones sobre el trabajo de menores.

El establecimiento de restricciones sobre el trabajo de menores que podrán variar al tomar en consideración factores capaces de afectar el desarrollo pleno de las facultades físicas, mentales y morales de los jóvenes, incluyendo sus necesidades de educación y de seguridad.

6. Condiciones mínimas de trabajo.

El establecimiento de condiciones mínimas de trabajo, tales como salario mínimo y pago de tiempo extra, para los trabajadores asalariados, incluyendo a quienes no están protegidos por un contrato colectivo.

7. Eliminación de la discriminación en el empleo.

Eliminación de la discriminación en el empleo por causa de raza, sexo, religión, edad u otros conceptos, con la salvedad de ciertas excepciones razonables, tales como, en su caso,

anexo 18.5, como parte de las materias en las cuales Chile y EUA pueden realizar labores de cooperación, dentro del marco del mecanismo de cooperación laboral.⁶¹

Las controversias que se planteen conforme al capítulo 22 (fase contenciosa) del tratado chileno podrán versar sobre el derecho de asociación; derecho de organizarse y negociar colectivamente; la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y condiciones acepta-

Continuación nota ⁶⁰

requisitos o acreditaciones para el empleo, así como prácticas establecidas o reglas que rijan las edades de retiro que se establezcan de buena fe, y medidas especiales de protección o de apoyo a grupos particulares, diseñadas para contrarrestar los efectos de la discriminación.

8. Salario igual para hombres y mujeres.

Salarios iguales para hombres y mujeres, según el principio de pago igual por trabajo igual en un mismo establecimiento.

9. Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales.

La prescripción y aplicación de normas que minimicen las causas de lesiones y enfermedades ocupacionales.

10. Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales.

El establecimiento de un sistema que prevea beneficios y compensaciones para los trabajadores o para quienes dependen de ellos en caso de lesiones ocupacionales, accidentes o muerte surgidos durante el trabajo, en conexión u ocurridos con motivo del mismo.

11. Protección de los trabajadores migratorios.

Proporcionar a los trabajadores migratorios en territorio de cualquiera de las Partes la misma protección legal que a sus nacionales, respecto a las condiciones de trabajo.

⁶¹ Anexo 18.5.

Mecanismo de Cooperación Laboral.

Actividades de Cooperación

4. El Mecanismo de Cooperación Laboral podrá incluir actividades de cooperación sobre cualquier materia laboral considerada apropiada, tales como:

(a) *derechos fundamentales y su aplicación efectiva*: legislación, práctica e implementación de los elementos básicos de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*, (libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil, incluyendo las peores formas de trabajo infantil, en cumplimiento del *Convenio N° 182 de la OIT sobre las*

bles de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional, ya que en el texto del tratado chileno no se señala ninguna excepción. A diferencia del ACLAN, en donde las diferencias que versen sobre la libertad de asociación y el derecho a organizarse; el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga, no podrán someterse a la evaluación de un Comité Evaluador de Expertos, y mucho menos a la consideración de un panel arbitral, instancia que corresponde a la etapa contenciosa del ACLAN.

Lo anterior constituye una ventaja en el Tratado chileno, en comparación con el ACLAN, pues en éste sólo las disputas que versen sobre la aplicación de normas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salarios mínimos, podrán someterse a un panel arbitral. No siendo así en el chileno, en donde

Continuación nota ⁶¹

peores formas de trabajo infantil (1999), y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación);

(b) *relaciones laborales*: formas de cooperación entre trabajadores, empleadores y gobiernos, incluyendo la solución de conflictos laborales;

(c) *condiciones de trabajo*: legislación, práctica e implementación relativas a la seguridad y salud en el trabajo; prevención y compensación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y condiciones de trabajo;

(d) *asuntos relativos a la pequeña y mediana empresa*: promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; mejoría de las condiciones de trabajo; medios de colaboración entre empleadores y representantes de los trabajadores, y servicios sociales de protección convenidos entre organizaciones de trabajadores y empleadores o sus asociaciones;

(e) *protecciones sociales*: desarrollo de recursos humanos y capacitación en el empleo; prestaciones en beneficio de los trabajadores; programas sociales para trabajadores y sus familias; trabajadores migrantes; programas de reconversión laboral y protección social, incluyendo seguridad social, protección de las remuneraciones y servicios de salud;

(f) *cuestiones técnicas e intercambio de información*: programas, metodologías y experiencias relativas al incremento de la productividad; estadísticas laborales, incluyendo información comparable; asuntos y actividades actuales en la OIT; consideración y estímulo de buenas prácticas laborales y el uso efectivo de tecnologías, incluidas las basadas en Internet; y

(g) implicancias entre las Partes de la integración económica para el logro de los respectivos objetivos nacionales en materia laboral.

todos los derechos enumerados en su texto, contenidas las normas laborales sobre las que haya conflicto, podrán ser sometidas a la consideración del grupo arbitral.

3.4.2. *Semejanzas*

Al igual que el ACAAN, el TLC chileno establece un solo procedimiento dividido en dos etapas: una conciliatoria o cooperativa y una contenciosa, sin que ésta se pueda hacer valer sin el previo agotamiento de la fase conciliatoria, sólo por lo que respecta a las violaciones a las legislaciones laborales relacionadas con el comercio.

Por otra parte, se permite la participación de personas y organizaciones no gubernamentales a través de presentaciones públicas en ambos, tanto en el Tratado chileno como en el ACLAN, con la salvedad que realizamos al inicio de este apartado en lo relativo al acuerdo chileno. Es importante señalar que no obstante la generalidad del Tratado Chile-EE.UU., éste contempla formalmente, de manera clara y específica, disposiciones referentes a la participación de las personas y organizaciones no vinculadas al gobierno para denunciar a través de comunicaciones públicas las violaciones a las legislaciones laborales. Participación que dentro del ACAAN no se precisa concretamente, siendo establecida de manera indirecta dentro del resto de disposiciones del texto respectivo.

En cuanto a las instancias del procedimiento, ambos acuerdos guardan similitud, salvo algunas excepciones como el establecimiento del Comité Evaluador de Expertos en el ACLAN, pues establecen la realización de consultas entre las partes, reunión del consejo, y constitución del panel o grupo arbitral que podrá imponer una contribución monetaria a la parte demandada, que de no pagarse, puede dar lugar, a la suspensión de beneficios derivados del tratado.

En ambos acuerdos, al contribución puede imponerse porque las partes no hayan llegado a un acuerdo considerando el informe el

panel, o bien la parte demandada no cumpla lo acordado a consideración de la Parte reclamante.

Algunas particularidades recaen en que en el Tratado chileno, el panel en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, no podrá formular un plan de acción como lo llama el ACLAN, atendiendo a la legislación de la parte demandada. Además no fija dentro del anexo respectivo como en el ACLAN, si los beneficios se suspenden en un solo sector o en otros sectores en los cuales la parte demandada considere más adecuados.

Finalmente en el ACLAN, al igual que en el Tratado Chile-EE.UU., se aplica la legislación nacional, se permite la intervención de terceros, se fijan puntos de contacto, que en el caso del ACLAN se llaman Oficinas de Administración Nacional, y los plazos pueden ser libremente modificados por las partes. Plazos que difieren en ambos instrumentos comerciales.

4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO DE COOPERACIÓN AMBIENTAL DE AMÉRICA DEL NORTE (ACAAN)

El Acuerdo paralelo ambiental, mejor conocido por sus siglas como ACAAN, se estructura en 41 artículos y 5 anexos. Establece un marco normativo, cuyos objetos principales son la cooperación y el cumplimiento efectivo de la legislación ambiental para la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente. Su sede secretarial se encuentra en Canadá.

Producto de negociaciones difíciles, con una importante participación de las organizaciones ambientales, sobre todo estadounidenses, que obedecieron más a la necesidad de los gobiernos de ratificar el TLCAN, que a la protección del medio ambiente, entró en vigor el mismo día que el TLCAN, el 1 de enero de 1994.

4.1. Generalidades de los procedimientos

La solución de controversias dentro del Acuerdo Ambiental contempla tres mecanismos: dos propiamente contenciosos y uno de cooperación, pero la literatura sobre este último lo ha catalogado como otro mecanismo más, por lo que el ACAAN establece tres mecanismos de solución de diferencias.

Quizá, esta semejanza entre el mecanismo de cooperación y los mecanismos contenciosos, se debe a que es el Secretariado, órgano ejecutor del Consejo, quien elabora informes a petición de los Estados o personas y organizaciones no vinculadas con el gobierno. Acción que procesalmente hablando pueda ser considerada como una instancia, toda vez que el Secretariado es órgano ejecutor del Consejo, y éste, se encarga de resolver las cuestiones y controversias que surjan entre las partes sobre la interpretación y aplicación del tratado y promover la cooperación entre las partes sobre asuntos ambientales. Instancia a la que las Partes del Acuerdo, y las personas y organizaciones no vinculadas al gobierno tienen derecho a acceder, con miras a la protección del medio ambiente, respecto a los asuntos que son considerados dentro de un marco de cooperación y no se refieren a la aplicación efectiva de la legislación ambiental.

Una importante diferencia entre estos tres mecanismos es que el mecanismo de cooperación no puede aplicarse cuando algún Estado, persona u organización –respecto de estas dos últimas, establecidas en el territorio de una de las partes del Acuerdo– aleguen que un gobierno ha incurrido en una omisión en la aplicación efectiva de una legislación ambiental, pues en tal caso se aplicarán los mecanismos contenciosos y no el mecanismo de cooperación.

Los asuntos que pueden considerarse de cooperación son la mayoría de los establecidos en el artículo 10, párrafo 2,⁶² que establece

⁶² Artículo 10: Funciones del Consejo.

en qué temas el Consejo podrá examinar y elaborar recomendaciones, con miras a dar cumplimiento a los objetivos del ACAAN, señalados en el artículo 1, dentro de los que destacan promover el desarrollo sustentable a partir de la cooperación y el apoyo mutuo en las políticas ambientales y económicas; incrementar la cooperación entre las partes encaminada a conservar, proteger y mejorar aún más el medio ambiente, incluidas la flora y la fauna silvestre.

Continuación nota ⁶²

2. El Consejo podrá examinar y elaborar recomendaciones sobre:

(a) técnicas y metodologías comparables para la recolección y el análisis de datos, el manejo de información y la comunicación de datos por medios electrónicos en relación con los asuntos comprendidos en este Acuerdo;

(b) técnicas y estrategias para prevenir la contaminación;

(c) enfoques e indicadores comunes para informar sobre el estado del medio ambiente;

(d) el uso de instrumentos económicos para la consecución de objetivos ambientales internos o acordados a nivel internacional;

(e) investigación científica y desarrollo de tecnología respecto a asuntos ambientales;

(f) promoción de la conciencia pública en relación con el medio ambiente;

(g) cuestiones ambientales en zonas fronterizas o de naturaleza transfronteriza, tales como el transporte a larga distancia de contaminantes del aire y de los mares;

(h) especies exóticas que puedan ser dañinas;

(i) la conservación y la protección de la fauna y la flora silvestres así como de sus hábitats y de las áreas naturales bajo protección especial;

(j) la protección de especies amenazadas y en peligro;

(k) actividades de prevención y de respuesta a desastres ambientales;

(l) asuntos ambientales que se relacionen con el desarrollo económico;

(m) efectos ambientales de los productos durante su ciclo de vida;

(n) la capacitación y el desarrollo de recursos humanos en materia ambiental;

(o) el intercambio de científicos y funcionarios ambientales;

(p) enfoques sobre el cumplimiento y la aplicación de las leyes ambientales;

(q) recursos nacionales ecológicamente sensibles;

(r) etiquetado ecológico; y

(s) otros asuntos que considere adecuados.

4.2. Procedimiento de cooperación

4.2.1. Ámbito de aplicación

El presente mecanismo se aplica en asuntos de cooperación ambiental de acuerdo al párrafo 1 del artículo 13,⁶³ además de la asistencia técnica y financiera como de la práctica se ha desprendido.

4.2.2. Quiénes pueden activar este mecanismo

El texto del Acuerdo no especifica quién tiene la capacidad legal para iniciar el procedimiento, si embargo la práctica demuestra que este mecanismo puede ser activado por un particular o una organización no vinculada a un gobierno, pues los dos casos (Presa de Silva y Alto Río San Pedro) que se han presentado hasta la fecha bajo este mecanismo han sido solicitados por particulares y grupos ambientales.

4.2.3. Procedimiento

El mecanismo de cooperación se encuentra establecido únicamente en el artículo 13 del Acuerdo, donde se señala que el Secreta-

⁶³ Artículo 13: Informes del Secretariado.

1. El Secretariado podrá preparar informes para el Consejo sobre cualquier asunto en el ámbito del programa anual. Cuando el Secretariado desee elaborar informes sobre cualquier otro asunto ambiental relacionado con las funciones de cooperación de este Acuerdo, lo notificará al Consejo y podrá proceder, a menos que en un plazo de treinta (30) días a partir de dicha notificación, el Consejo se oponga a la elaboración del informe mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros. Esos otros asuntos ambientales no incluirán los relacionados con las omisiones de una Parte en la aplicación de sus leyes y reglamentos ambientales. Cuando el Secretariado no tenga conocimiento específico del asunto bajo consideración, obtendrá el auxilio de uno o más expertos independientes, con experiencia reconocida en el tema, para la elaboración del informe.

riado podrá realizar informes sobre asuntos ambientales relacionados con las funciones de cooperación del Acuerdo, siempre que no oponga el Consejo, por el voto de dos terceras partes de sus miembros. Dichos informes pueden tener su sustento en la solicitud de particulares y organizaciones no gubernamentales.⁶⁴ En ningún caso podrán versar sobre omisiones de un Estado, en la aplicación de sus leyes y reglamentos ambientales, pues este tipo de reclamaciones son cubiertas por los otros mecanismos.

Para la preparación de dicho informe, el Secretariado podrá tomar en cuenta cualquier información técnica o científica pertinente, incluida:

- a) La que esté disponible al público;
- b) La presentada por personas y organizaciones interesadas sin vinculación gubernamental;
- c) La presentada por el Comité Consultivo Público Conjunto;
- d) La proporcionada por una Parte;
- e) La obtenida mediante consultas públicas, tales como congresos, seminarios y simposios; o
- f) La elaborada por el Secretariado o por expertos independientes contratados conforme al párrafo 1.

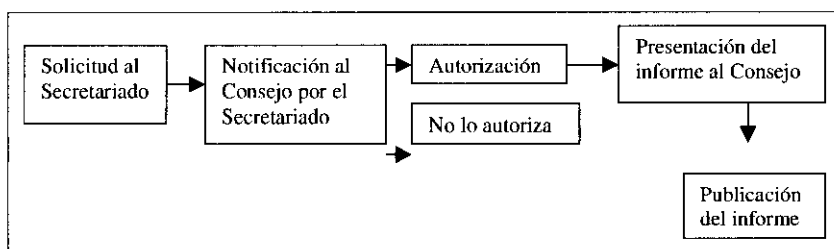
Una vez elaborado el informe, el Secretariado lo presentará al Consejo, que lo hará público en los 60 días siguientes a su recepción.

Este informe tiene la naturaleza de una recomendación, que en la práctica ha demostrado cierta eficacia, pues el caso de Presa de Silva dio lugar a un apoyo financiero y técnico para México, para la limpieza de la presa misma y a la declaración del lugar como zona protegida. En el caso de río San Pedro, el informe del grupo evaluador propuso una mayor apertura y participación para las comunidades

⁶⁴ Tal y como en la práctica se ha presentado en los casos de la Presa de Silva y el del Alto Río San Pedro, que dio origen a debates y posiciones políticas respecto de la protección ambiental en México y Estados Unidos.

de la región en la toma de decisiones acerca de la protección de la cuenca, y una participación transfronteriza con México, tanto en la conformación del grupo como en la toma de decisiones de la política ambiental de la región. (Cuadro 4)

CUADRO 4
PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN DEL ACAAN



4.3. Procedimiento contencioso entre un Estado y un particular u organización no vinculada al gobierno

4.3.1. Ámbito de aplicación

El presente mecanismo se aplica a las controversias suscitadas entre una persona o una organización no gubernamental y un Estado Parte, en relación a la omisión en la aplicación de una legislación ambiental por parte del Estado (Art. 14 párrafo 1).⁶⁵

⁶⁵ Artículo 14: Peticiones relativas a la aplicación de la legislación ambiental.

1. El Secretariado podrá examinar peticiones de cualquier persona u organización sin vinculación gubernamental que asevere que una Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, si el Secretariado juzga que la petición:

(a) se presenta por escrito en un idioma designado por esa Parte en una notificación al Secretariado;

(Continúa nota 65)

4.3.2. *Quiénes pueden activar el mecanismo*

Una persona o una organización sin vínculo gubernamental que se encuentre en el territorio de uno de los Estados Partes, puede iniciar al procedimiento.

4.3.3. *Qué entiende el acuerdo por legislación ambiental*

Toda vez que el motivo de la controversia es la omisión en la aplicación de la legislación ambiental por parte de un Estado. Es importante determinar qué entiende el acuerdo por ésta. Así el artículo 45 establece que legislación ambiental significa “*cualquier ley o reglamento de una Parte, o sus disposiciones, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente, o la prevención de un peligro contra la vida o la salud humana, a través de:*

- i) La prevención, el abatimiento o el control de una fuga, descarga, o emisión de contaminantes ambientales,*
- ii) El control de químicos, sustancias, materiales o desechos peligrosos o tóxicos, y la diseminación de información relacionada con ello; o*
- iii) La protección de la flora y fauna silvestres, incluso especies en peligro de extinción, su hábitat, y las áreas naturales protegidas en territorio de la Parte, pero no incluye cualquier ley o reglamento, ni sus disposiciones, directamente relacionados con la seguridad e higiene del trabajador”.*

Continuación nota ⁶⁵

- (b) identifica claramente a la persona u organización que presenta la petición;
- (c) proporciona información suficiente que permita al Secretariado revisarla, e incluyendo las pruebas documentales que puedan sustentarla;
- (d) parece encaminada a promover la aplicación de la ley y no a hostigar una industria;
- (e) señala que el asunto ha sido comunicado por escrito a las autoridades pertinentes de la Parte y, si la hay, la respuesta de la Parte; y
- (f) la presenta una persona u organización que reside o está establecida en territorio de una Parte.

Asimismo, el artículo para precisar más el término y dar mayor certidumbre acota que la legislación ambiental no incluye ninguna ley ni reglamento, ni sus disposiciones, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección, extracción o explotación de recursos naturales con fines comerciales, ni la recolección o extracción de recursos naturales con propósitos de subsistencia o por poblaciones indígenas.

Es importante señalar que de acuerdo a este artículo 45, el propósito principal de una disposición legislativa o reglamentaria en particular, para efectos de lo señalado en los dos párrafos anteriores, se determinará por su propósito principal y no por el de la ley o del reglamento del que forma parte. Esto es, que la disposición adquiere cierta autonomía del cuerpo normativo del que forma parte.

4.3.4. Procedimiento

Este mecanismo contencioso está regulado por los artículos 14 y 15 del ACAAN. Se inicia con la petición de una persona u organización al Secretariado, en la cual se asegure que un Estado está dejando de aplicar su legislación ambiental.

El secretariado procederá a su examinación si juzga que la petición: se presenta por escrito; identifica claramente a la persona u organización que presenta la petición; proporciona información suficiente que permita al Secretariado revisarla, e incluye las pruebas documentales que la sustenten; parece encaminada a promover la aplicación de la ley y no a hostigar una industria; señala que el asunto ha sido comunicado por escrito a las autoridades pertinentes de la Parte y, si la hay, la respuesta de la Parte; y la presenta una persona u organización que reside o está establecida en territorio de una Parte.⁶⁶

⁶⁶ Artículo 14 párrafo 1 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

Una vez que el Secretariado ha concluido que la petición reúne los requisitos señalados en el párrafo anterior, determinará si la petición amerita solicitar una respuesta de la Parte, considerando si la petición alega daño a la persona u organización que la presenta; si la petición, por sí sola o conjuntamente con otras, plantea asuntos cuyo ulterior estudio en este proceso contribuiría a la consecución de las metas de este Acuerdo; si se ha acudido a los recursos al alcance de los particulares conforme a la legislación de la Parte; y si la petición se basa exclusivamente en noticias de los medios de comunicación.

Si el Secretariado solicita una respuesta del Estado que considere que está supuestamente dejando de aplicar su legislación ambiental, le remitirá una copia de la petición, debiendo el Estado demandado notificar al Secretariado su respuesta a la petición interpuesta, en los 30 días siguientes a la notificación de solicitud de respuesta, plazo que podrá ampliarse en circunstancias excepcionales a 60 días.

El Estado demandado notificará como parte de su respuesta al Secretariado, si el asunto es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, en cuyo caso el Secretariado no continuará con el trámite; y cualquier otra información que la Parte desee presentar, tal como:

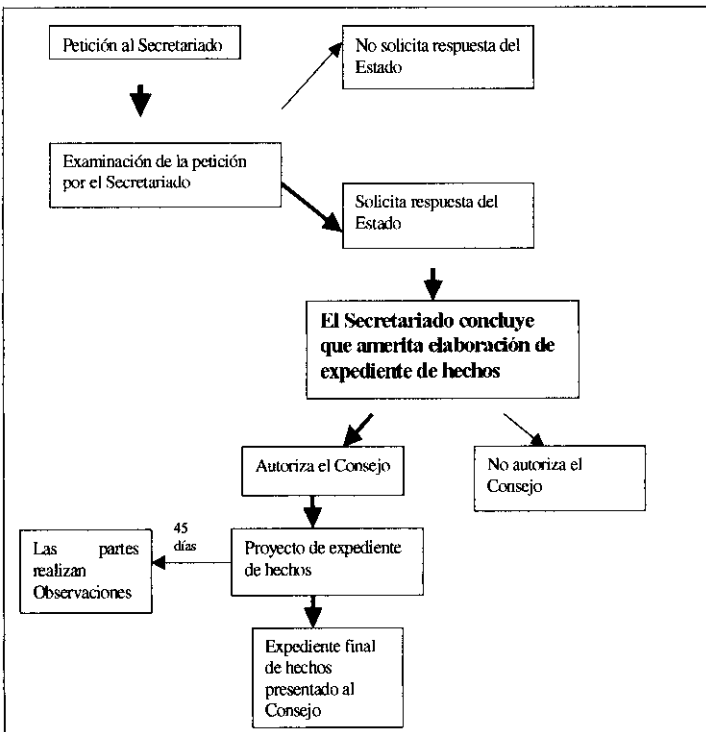
- i) Si el asunto ha sido previamente materia de un procedimiento judicial o administrativo; y
- ii) Si hay recursos internos relacionados con el asunto que estén al alcance de la persona u organización que presenta la petición y si se ha acudido a ellos.

Si de la respuesta que notifique el Estado demandado al Secretariado, éste considera que amerita la elaboración de un “expediente de hechos”, –que se traduce propiamente en el inicio de una investigación– deberá notificarlo al Consejo, explicando sus razones. Se elaborará el expediente si el Consejo, una vez analizadas las razones de Secretariado, le ordena hacerlo mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros.

El secretariado presentará al Consejo un proyecto del expediente de hechos, teniendo las partes el derecho de realizar observaciones, en los 45 días posteriores a su presentación, observaciones que en su caso el Secretariado incorporará al expediente final de hechos, presentándolo al Consejo.

Finalmente, mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros, el Consejo, podrá poner a disposición pública el expediente final de los hechos, en los 60 días posteriores a su presentación. (Cuadro 5)

CUADRO 5
 PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ENTRE UN ESTADO Y UN PARTICULAR
 U ORGANIZACIÓN NO VINCULADA AL GOBIERNO



4.3.5. *Comentarios al procedimiento*

Del análisis de las 38 peticiones presentadas ante la Comisión, se han elaborado tres expedientes de hechos.⁶⁷ El resto de las peticiones no han sido admitidas porque la persona u organización está sometiendo la petición a algún recurso nacional que versa sobre los mismos hechos que hace valer ante el secretariado, o bien, porque no han acudido a las instancias nacionales pertinentes. En algunos casos, incluso el que se esté ventilando un problema similar ante una instancia nacional, aunque los peticionarios no sean los mismos, ha sido impedimento para elaborar un expediente de hechos, tal y como sucedió en el caso Río Oldman (SEM-96-001).⁶⁸ Además, las interpretaciones del Secretariado han dejado fuera las acciones legislativas de un gobierno al aprobar o enmendar cualquier ley o reglamento relacionado con el ambiente, pues señalan que el acuerdo no es un foro de discusión legislativa, aunque por supuesto, si consideran la aplicación de la ley por parte de los responsables de aplicarla, es decir, los funcionarios administrativos.

En el caso de algunas peticiones de Estados Unidos, los argumentos utilizados por los peticionarios reflejan dos circunstancias: la primera es que los grupos ambientalistas consideran que el ACAAN debe ir más allá de lo aprobado, esto es, que debe influir para que una parte mejore su legislación ambiental; la segunda circunstancia es que en Estados Unidos grupos ambientalistas y particulares tienen más recursos judiciales y administrativos para poder demandar a las autoridades responsables en el gobierno de la política ambiental, por omisiones a la aplicación de la ley ambiental.

⁶⁷ Muelle de Cruceros de Cozumel (caso SEM-96-001); British Columbia Hydro and Power Co (caso SEM-97-001 y Metales y derivados (SEM-98-007).

⁶⁸ Ver, Resolución de controversias en la Era Pos-TLCAN, Capítulo del Acuerdo de Cooperación Ambiental, pp. 155-156.

En el caso de México, el 99% de las peticiones presentan problemas relacionados con la aplicación de la legislación ambiental.

Canadá ha sido la única parte demandada donde los peticionarios alegan en dos peticiones, distorsiones en el comercio internacional debidas a omisiones en la aplicación de la legislación ambiental, y la mayoría de los problemas planteados en estas peticiones, sí se relacionan con actividades económicas importantes para este país, como la minería, la cría de ganado porcino en Quebec, la exportación de energía a Estados Unidos, etc.

Es importante destacar que dentro de este procedimiento, el Secretariado se encuentra en una posición difícil, pues además de carecer de poder para exigir que la parte demandada cumpla con la aplicación de la legislación ambiental, éste es dependiente en recursos del Consejo Ministerial, el cual está compuesto —como ya dijimos— por los responsables, a nivel ministerial de la política ambiental de las partes, es decir aquellos mismos ante los que se presentan las peticiones por omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental. El Secretariado se convierte así en juez y en parte en el análisis de estas peticiones.

4.4. Procedimiento contencioso entre Estados partes del Acuerdo

4.4.1 Ámbito de aplicación

El presente mecanismo se aplica a las controversias que surjan entre los Estados Partes del Acuerdo, por la omisión en la aplicación de la legislación ambiental relativa a lugares de trabajo, empresas, compañías o sectores que produzcan bienes o proporcionen servicios que se comercialicen en el territorio de las Partes o que compitan en el territorio de la Parte demandada con otros bienes y servicios producidos por personas de otra parte.⁶⁹

⁶⁹ Artículo 24, párrafo 1 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

4.4.2. *¿Quiénes pueden iniciar el procedimiento?*

Este procedimiento sólo puede ser invocado por los Estados Partes del Acuerdo y no por organizaciones no gubernamentales o particulares.

4.4.3. *Procedimiento*

El procedimiento de este mecanismo está contemplado de los artículos 22 al 36 del Acuerdo ambiental.

De acuerdo a los artículos anteriores, los Estados Partes deberán celebrar en primer lugar consultas, a fin de llegar a una solución respecto a la existencia de una pauta persistente (conducta reiterada)⁷⁰ de omisiones en la aplicación de la legislación ambiental, previa notificación por escrito a la parte contendiente y al Secretariado.

Cuando las Partes consultantes no logren resolver el asunto en los 60 días posteriores a la entrega de la solicitud de consultas, cualquiera de ellas podrá solicitar por escrito una sesión extraordinaria del Consejo. Éste se reunirá dentro de los veinte días siguientes a la entrega de la solicitud y se abocará a resolver la controversia, teniendo la facultad de: convocar a los asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; y formular recomendaciones para ayudar a las Partes a alcanzar una solución.

Cuando juzgue que un asunto corresponde propiamente al ámbito de otro acuerdo del que sean parte las Partes consultantes, el

⁷⁰ Por pautas persistentes, de acuerdo al artículo 45 ACAAN, se debe entender un curso de acción o de omisiones sostenido recurrente posterior a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo. O sea, una pauta persistente es una conducta reiterada por parte de un Estado Parte miembro del TLCAN.

Consejo les remitirá el asunto para que adopten las medidas que procedan conforme a dicho Acuerdo.

Si un asunto no se resuelve en los 60 días posteriores a la reunión del Consejo, a solicitud escrita de cualquiera de los Estados Partes, el Consejo convocará un panel arbitral.

El Consejo integrará y conservará una lista de hasta 45 panelistas. Los miembros de la lista serán designados por consenso, por períodos de tres años, y podrán ser reelectos.

Cuando haya dos Partes contendientes, el panel se integrará por cinco miembros. Ellas procurarán acordar la designación del presidente en los 15 días siguientes a la votación del Consejo para la integración del panel, de no llegar a un acuerdo, una de ellas electa por sorteo, designará, en el plazo de 5 días, al presidente, que no será ciudadano de la Parte que hace la designación. Dentro de los 15 días siguientes a la elección del presidente, cada Estado contendiente seleccionará a dos panelistas que sean ciudadanos del otro Estado. Si uno de ellos no selecciona a sus panelistas dentro de ese lapso, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

Cuando haya más de dos Partes contendientes, se siguen las mismas reglas mencionadas en el párrafo anterior, sólo con la siguiente salvedad: “en los 30 días posteriores a la selección del presidente, la Parte demandada designará dos panelistas, uno de los cuales será ciudadano de una de las Partes reclamantes, y el otro será ciudadano de otra Parte reclamante. Las Partes reclamantes seleccionarán dos panelistas que sean ciudadanos de la Parte demandada”.

Por lo regular, los panelistas se escogerán de la lista. Cualquier Parte podrá presentar una recusación sin expresión de causa contra cualquier individuo que no figure en la lista y que sea propuesto como panelista por una Parte contendiente, en los 30 días siguientes a aquél en que se haga la propuesta.

Cuando una Parte contendiente considere que un panelista ha incurrido en una violación del código de conducta, las Partes contendientes realizarán consultas y destituirán a ese panelista eligiendo uno nuevo.

El panel fundará su informe en los argumentos y comunicaciones presentados por las Partes. Dentro de los 180 días siguientes al nombramiento del último panelista, el panel presentará a las Partes un informe preliminar con las conclusiones de hecho; la determinación sobre si ha habido omisiones reiteradas de la Parte demandada en la aplicación de su legislación ambiental, o cualquier otra determinación; y en caso de que el panel emita una determinación afirmativa, sus recomendaciones para la solución de la controversia, las cuales normalmente serán que la Parte demandada adopte y aplique un plan de acción suficiente para corregir la pauta de no aplicación.

Los panelistas podrán formular votos particulares sobre cuestiones en que no exista acuerdo unánime. Al igual que las Partes podrán hacer observaciones por escrito sobre el informe preliminar, en los 30 días siguientes a su presentación.

En este caso y luego de examinar las observaciones escritas, el panel podrá, de oficio o a petición de alguna Parte, solicitar las observaciones de cualquier Parte involucrada; reconsiderar su informe; y llevar a cabo cualquier examen ulterior que considere pertinente.

El panel presentará un informe final, y los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido acuerdo unánime, en los 60 días posteriores a la presentación del informe preliminar. Las Partes comunicarán al Consejo el informe final del panel, en los 15 días siguientes a que les sea presentado y se publicará cinco días después de su comunicación al Consejo.

Cuando un panel ha determinado, en su informe final, que ha habido omisiones reiteradas de la Parte demandada en la aplicación de su legislación ambiental, los Estados podrán acordar un plan de acción con fundamento en las determinaciones y recomendaciones

del panel. Notificando las Partes al Secretariado y al Consejo toda resolución que hayan acordado sobre la controversia.

En caso de que no haya consenso sobre un plan de acción o no llegan a un acuerdo respecto a si la Parte demandada está cumpliendo plenamente con el plan acordado, cualquiera de los Estados contendientes podrá solicitar nuevamente la reunión del panel, previa solicitud al Secretariado, a fin de que el Estado demandado cumpla con el plan de acción o lo formule.

La parte o partes podrán suspender los beneficios del TLCAN, si la parte demandada no cumple con el pago de la multa impuesta por el Panel dentro de los 180 días siguientes a la notificación de su imposición, por un monto no mayor al necesario para cobrar la contribución monetaria. La suspensión de beneficios consiste en incrementar la tasa arancelaria sobre bienes originarios de la Parte demandada. E incluso en su Anexo 34,⁷¹ el ACAAN admite la posibilidad de suspender otros beneficios, no tan sólo arancelarios, en el sector o sectores donde

⁷¹ ANEXO 34 CONTRIBUCIONES MONETARIAS DEL ACAAN.

1. Durante el primer año a partir de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, la contribución monetaria no será mayor de 20 millones de dólares (EE.UU.) o su equivalente en la moneda nacional de la Parte demandada. Después del primer año, la contribución monetaria no será mayor del 0.007 por ciento del comercio total de bienes entre las Partes correspondiente al año más reciente para el cual se tenga información disponible.

2. Para determinar el monto de la contribución, el panel tomará en cuenta:

(a) la extensión y la duración de la pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental de la Parte;

(b) el nivel de aplicación que razonablemente podría esperarse de una Parte dada su limitación de recursos;

(c) las razones de la Parte, si las hay, para no cumplir plenamente con el plan de acción;

(d) los esfuerzos posteriores al informe final del panel realizados por la Parte para comenzar a corregir la pauta de no aplicación, y

(e) cualquier otro factor relevante.

3. Las contribuciones monetarias se pagarán en la moneda de la Parte demandada y se depositarán en un fondo establecido a nombre de la Comisión por el Consejo. Se utilizarán, bajo la supervisión del Consejo, para mejorar o fortalecer el medio ambiente o la aplicación de la legislación ambiental de la Parte demandada, de conformidad con su derecho.

se haya llevado a cabo la omisión en la aplicación ambiental, o en su defecto podrá suspender los beneficios en otros sectores.

El panel impondrá como sanción una contribución monetaria a la parte demandada en los siguientes casos:⁷²

- Cuando determine que el plan de acción propuesto por la Parte demandada no es suficiente para corregir la pauta de no aplicación, situación en la cual formulará un plan de acción acorde a la legislación de la parte demandada, o
- Cuando determine que la parte no está cumpliendo con el plan de acción.

Cuando no se haya formulado un plan de acción, y no se hubiera presentado una solicitud de integración del panel, 120 días después de la fecha del informe final, se considerará establecido por el panel el último plan de acción, si lo hay, presentado por la parte demandada a la Parte o partes reclamantes en un plazo de 60 días posteriores a la fecha del informe final.⁷³

4.4.4. Comentarios al procedimiento

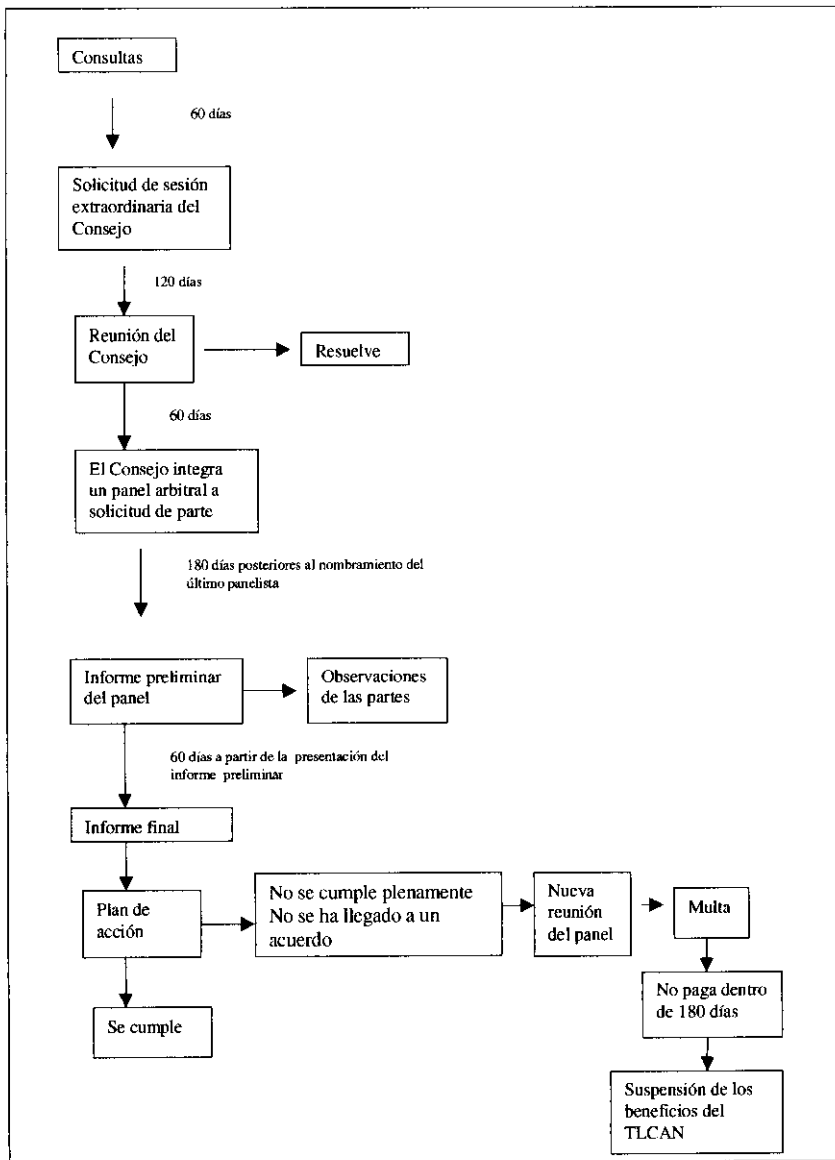
Este mecanismo es el único dentro del acuerdo que relaciona la protección ambiental con sanciones comerciales que significan la suspensión de los beneficios comerciales del TLCAN, a diferencia de las peticiones bajo el artículo 14, las cuales son presentadas por individuos u organizaciones no vinculadas con gobiernos, en este caso, sólo los gobiernos de las partes pueden iniciar una controversia, al señalar a otra parte como objeto del incumplimiento de la legislación ambiental.

⁷² Artículo 34 del ACAAN.

⁷³ Párrafos 2 y 4 del artículo 45 del ACAAN.

CUADRO 6

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ENTRE ESTADOS PARTES DEL ACUERDO. ARTS. 22-36



Hasta la fecha no ha sido aplicado este mecanismo, algunos consideran que su no aplicación ha derivado del factor inhibitorio que pudiera causar su invocación en cuanto a la adopción de una reglamentación más estricta que pudiera ser objeto de controversias y sanciones por su no cumplimiento.

Aunque este mecanismo se diseñó siguiendo el modelo del TLCAN, a diferencia de las disposiciones de éste, y del Código Anti-dumping del GATT, no se requiere probar el daño que se causa debido a la pauta persistente de omisión en la aplicación de la legislación ambiental, sino el potencial de tal daño.

Las disposiciones de este mecanismo al condicionar la relación entre daño ambiental y comercio para presentar una resolución de controversia, podrían ser irrelevantes, ya que el propósito implícito del acuerdo es la protección del medio ambiente, y contradice el mecanismo para la presentación de peticiones para el artículo 14, donde no se requiere una conexión entre la aplicación efectiva de la legislación ambiental y el comercio entre las partes. Por lo que este procedimiento no necesariamente puede llevar a una mejor aplicación de la legislación ambiental, ya que sólo esta legislación ambiental que se relacione con la producción de bienes que se comercialicen entre las partes puede ser motivo de una controversia, y por tanto es posible que un país tienda a reforzar la aplicación de su legislación ambiental en esos casos, descuidando problemas más importantes.

En cuanto a la formulación de un plan de acción, cuando llegue a aplicarse este mecanismo habrá que tener mucho cuidado al momento de definir o precisar qué se entiende por suficiencia del plan de acción para corregir la pauta, a qué criterios debemos atender, pues como hemos visto, si no es considerado como suficiente, se impone una multa que puede derivar en la suspensión de beneficios del tratado. Además el acuerdo no contempla qué sucede en caso de que las partes no formulen ningún plan de acción, qué medidas tomará el Consejo a fin de dar seguimiento a un caso ambiental so-

metido a su consideración que no ha sido seguido por las partes y que ha quedado tan sólo en la fase de la emisión de las recomendaciones, sin que éstos sean aplicadas por las partes, y aunque pueda considerarse como una renuncia de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, creemos que en materia ambiental las renunciaciones constituyen un grave riesgo a la protección del medio ambiente.

Finalmente, es importante señalar que la legislación aplicable es la nacional.

5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CHILE Y EE.UU. (CAPÍTULO 19)

El Tratado de Libre Comercio Chile-EE.UU. es un tratado bilateral que entró en vigor el 1º de enero del 2004 y que en su clausulado de 20 capítulos, incluye un capítulo específico referido al medio ambiente, tema ligado a las cláusulas sociales y a la relación entre comercio, inversión y bienes exportables entre los socios de la zona de libre comercio que crean con este tratado.

La autorización de Promoción Comercial (TPA) que autorizó al gobierno de Estados Unidos de América a suscribir este tratado bilateral en materia ambiental señala textualmente:

1. Cumplimiento efectivo de las leyes ambientales y laborales por parte de los socios de EE.UU.
2. Reconoce que los países tienen pleno derecho a decidir sobre el destino de sus recursos, siempre que respeten las cuestiones ambientales y laborales que son prioritarias.
3. Negar el derecho a represalia basado en los derechos de establecer normas laborales internas y de protección ambiental.
4. Propiciar el desarrollo sustentable como una forma de exigir el cumplimiento de las leyes laborales y ambientales.

5. Reducción o eliminación de prácticas y políticas gubernamentales que amenacen el desarrollo sustentable.
6. Acceso a los mercados por medio de la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias a las tecnologías, productos y servicios ambientales estadounidenses.
7. Eliminación de la discriminación arbitraria e injustificada de las exportaciones estadounidenses por parte de las políticas y prácticas ambientales o laborales de los países que negocian con los EE.UU.

5.1. Ámbito de aplicación

Mediante este mecanismo contemplado en el capítulo 19 del tratado, se pueden dirimir las controversias que se susciten entre las partes, con motivo de la falta de aplicación efectiva de una legislación ambiental relacionada con el comercio.

5.2. ¿Quiénes pueden activar el mecanismo?

En una primera fase, sobre todo el mecanismo de cooperación puede ser activado por personas u organizaciones no gubernamentales, a través de presentaciones de comunicaciones públicas. La fase contenciosa sólo puede activarse entre Estados.

5.3. Procedimiento

5.3.1. Etapa de cooperación o conciliación

Una Parte podrá solicitar por escrito la realización de consultas con la otra Parte respecto de cualquier asunto contemplado en el capítulo 19 (consultas ambientales).

Si las Partes no logran resolver el asunto a través de consultas ambientales, cualquiera de ellas podrá solicitar que el Consejo sea

convocado para examinar el asunto, para lo cual entregará una solicitud escrita a la otra Parte. El Consejo será convocado sin demora y procurará resolver el asunto recurriendo, cuando corresponda, a consultas con expertos de gobierno o externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación.

5.3.2. Etapa contenciosa

Sólo cuando el asunto se refiera a la no aplicación recurrente de la legislación ambiental de una Parte, que afecta al comercio, se podrá activar el mecanismo contencioso contenido en el capítulo 22 del tratado, previo agotamiento de la etapa de cooperación o conciliación como requisito indispensable.⁷⁴

Si después de 60 días posteriores a la presentación de la solicitud de consultas realizadas de conformidad con el capítulo 18, las partes no han resuelto el asunto, se presentan dos derechos que la Parte requirente puede ejercer. El primero es optar por la realización de nuevas consultas, a la luz del capítulo 22; o solicitar directamente la reunión de la Comisión de conformidad con el mismo capítulo.

Como vemos, se haya solicitado o no la celebración de consultas conforme al capítulo 22, las partes podrán solicitar la reunión por escrito de la Comisión, que se reunirá en los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud, procurando resolver la controversia, convocando a asesores técnicos, creando grupos de trabajo o grupos de expertos; recurriendo a los buenos oficios, la conciliación, la mediación etc.; y formulando recomendaciones.

⁷⁴ Así lo establece claramente el artículo 19.6, párrafo 8 que señala:

“8. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al artículo 19.2(1)(a)”.

Si la Comisión no logra dar solución a la controversia, en los 30 días siguientes a su reunión; o dentro de los 75 días siguientes a la entrega de la solicitud de consultas de conformidad con el artículo 22.4 (consultas realizadas dentro del marco del capítulo 22), cuando ésta no se hubiere reunido dentro de los 10 días siguientes a la solicitud de su integración, cualquier parte podrá solicitar la reunión por escrito de un grupo arbitral.

El grupo arbitral se integrará de 3 miembros. Las Partes procurarán acordar la designación del presidente del grupo arbitral dentro de los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud para el establecimiento del mismo. Si dentro de este período no logran llegar a un acuerdo, el presidente será elegido por sorteo, en un plazo de tres días, entre los integrantes de la lista de árbitros que no sean nacionales de las Partes. Dentro de los 15 días posteriores a la selección del presidente, cada Parte seleccionará a un árbitro; si una no selecciona a su árbitro dentro del plazo indicado, éste será seleccionado por sorteo, en un plazo de tres días, entre los integrantes de la lista que sean nacionales de la Parte.

Dentro de los 120 días siguientes a la elección del último árbitro, el grupo arbitral presentará a las Partes un informe preliminar señalando las conclusiones de hecho, su determinación sobre si una de las Partes ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones de conformidad con este Tratado y sus recomendaciones. Una Parte podrá presentar al grupo arbitral observaciones por escrito sobre el informe preliminar en los 14 días posteriores a la presentación de dicho informe, el que después de examinarlas podrá reconsiderarlo y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente.

El grupo arbitral presentará un informe final y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en las que no haya habido decisión unánime, 30 días después de la presentación del informe preliminar.

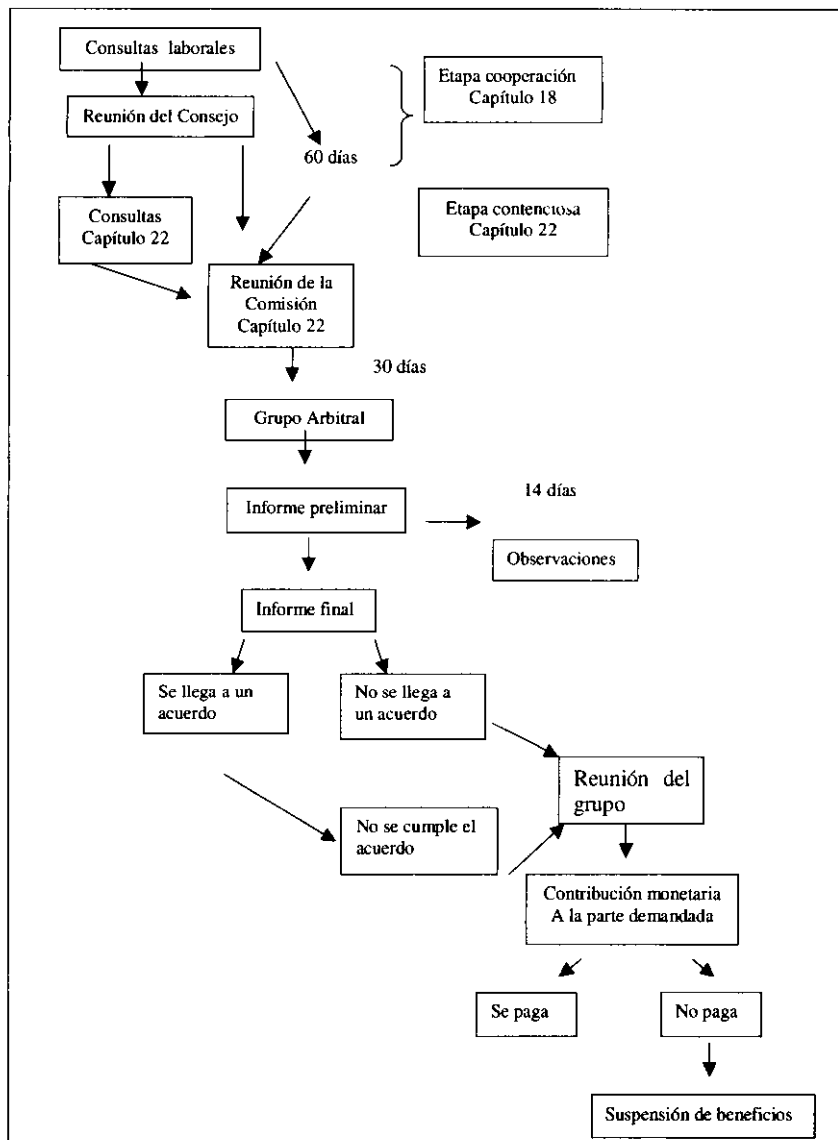
Al recibir el informe final del grupo arbitral, las Partes acordarán la solución de la controversia, ajustándose a las determinaciones y recomendaciones establecidas en éste.

Si en su informe el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con sus obligaciones y las Partes no logran llegar a un acuerdo sobre una solución dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final; o han convenido una solución y la Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con los términos del acuerdo, la Parte reclamante podrá solicitar que el grupo arbitral se constituya nuevamente, para que imponga una contribución monetaria anual a la otra Parte. La Parte reclamante entregará su petición por escrito a la otra Parte. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible tras la entrega de la solicitud.

El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria dentro de los 90 días posteriores a su constitución. Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar la multa, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o para garantizar el cumplimiento de otro modo. Dichas acciones pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios de conformidad con este Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución.

Finalmente, si la Parte demandada considera haber cumplido ya con lo acordado, solicitará la reunión del grupo arbitral, que emitirá su respuesta después de 90 días. Si el grupo arbitral decide que la Parte demandada ha eliminado a la disconformidad, la Parte reclamante restablecerá, sin demora, los beneficios que hubiere suspendido (Cuadro 7).

CUADRO 7
PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES



5.4. Diferencias y semejanzas con el ACAAN Acuerdo paralelo del NAFTA en materia ambiental

5.4.1. Diferencias

En cuanto a las diferencias de forma, salta a simple vista la modalidad de incorporación de las cuestiones ambientales en las relaciones comerciales establecidas entre Chile y EUA, por un lado, y México y EUA por el otro. Dentro del TLCAN, el tema ambiental es abordado en un instrumento conexo, es decir, en un Acuerdo Ambiental (ACAAN), que tiene su propio mecanismo de solución de controversias. En cambio, en el tratado entre Chile y EUA, las cuestiones ambientales son analizadas dentro de un apartado de éste (capítulo 19), en el cual se comprometen a realizar un Acuerdo de Cooperación Ambiental. Esta distinción creemos es importante, independientemente del contenido, pues como sabemos en EUA, clasifica sus acuerdos o tratados en diversas categorías (congresional, ejecutivo etc.), que tienen un grado de exigibilidad diferente, es decir, un compromiso jurídico internacional distinto.

Debido a lo anterior, las disposiciones sobre solución de controversias se encuentran dentro del TLCAN, en un Acuerdo paralelo, y en el tratado chileno, en un capítulo del acuerdo comercial, concretamente el capítulo 19.

Hecha la salvedad anterior, las disposiciones sobre solución de controversias ambientales plasmadas en los respectivos textos se diferencian, en el caso del ACAAN, por ser más desarrolladas y específicas. En cambio, en el tratado chileno las disposiciones son muy generales y remiten al capítulo 22 del tratado, es decir, al procedimiento de solución de controversias que se aplica para los problemas derivados de la interpretación del tratado, o sea, al mecanismo general. Esta remisión es explicable en razón de ser disposiciones del tratado, como lo señalamos en el párrafo anterior.

Es importante señalar que no obstante la generalidad del tratado chileno, éste contempla formalmente de manera clara y específica disposiciones referentes a la participación de las personas y organizaciones no vinculadas al gobierno para denunciar a través de comunicaciones públicas las violaciones a las legislaciones ambientales. Participación que dentro del ACAAN no se precisa concretamente, siendo establecida de manera indirecta dentro del resto de disposiciones del texto respectivo.

El TLC Chile - EE.UU. no contempla tres procedimientos, sólo uno que se divide en dos etapas: una de cooperación y otra contenciosa, que puede identificarse con los procedimientos de los artículos 14-15, y 22 -36 del ACAAN, en los cuales se establecen respectivamente un mecanismo de cooperación y otro contencioso, que en realidad también pueden ser considerados uno mismo.

No existen Oficinas de Administración Nacional, es decir, punto de contacto, sin embargo el texto menciona que cada Parte se asegurará de establecer los procedimientos, reglas, etc., que permitan a las personas y a las organizaciones no gubernamentales presentar comunicaciones públicas, por lo que se entiende que las Partes dentro del TLC Chile-EE.UU. deberán establecer algún punto de encuentro.

No se integra expediente de hechos, y tampoco se solicita una respuesta del Estado que ha sido reclamada por las Oficinas de Administración Nacional, ni tampoco se llama plan de acción, al acuerdo al que lleguen las partes.

Tres son los mecanismos que se implementan en el ACAAN, a diferencia del TLC Chile-EUA., en el cual sólo existe un procedimiento, que en resumidas cuentas tiene cierta semejanza, al establecer una etapa de conciliación o cooperación y otra contenciosa. De hecho, en el ACAAN, dos procedimientos funcionarían como las dos etapas del proceso del TLC chileno, pues uno es de cooperación y otro contencioso.

5.4.2 *Semejanzas*

Atendiendo al fondo, sí hay similitud sustancial. Ambos acuerdos buscan la cooperación ambiental, aplican la legislación nacional para dirimir controversias, la materia de éstas debe ser la violación a una legislación ambiental que esté vinculada al comercio, permiten la presentación de comunicaciones públicas por parte de personas y organismos no vinculados al gobierno.

Hay desde luego dos fases de un mismo procedimiento: una de cooperación y otra contenciosa propiamente dicha. No se puede activar la fase contenciosa hasta no haber agotado la etapa de cooperación en ambos tratados. Y el incumplimiento de un plan de acción o de un acuerdo que dé solución a las controversias puede ocasionar la suspensión de beneficios, al igual que en el ACAAN.

Dicho procedimiento, al igual que en los establecidos en el ACAAN, tienen cierta semejanza, pues los tres procedimientos de éste pueden resumirse en esencia en las dos etapas del procedimiento del TLC chileno, ya que a grosso modo la celebración de consultas entre las partes a nivel ministerial, y en caso de no resolución convocan al Consejo (ACAAN) o a la Comisión (TLC Chile-EE.UU.), que en caso de que tampoco resuelva, facultará a las partes para el establecimiento de un panel arbitral que podrá imponer una contribución monetaria, que de no ser cubierta conllevará a la suspensión del beneficios derivados del tratado.

Finalmente, tanto en el ACAAN como en el TLC Chile-EE.UU. la definición de “legislación ambiental” alude a las leyes, reglamentos y disposiciones ambientales cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente y la prevención de un peligro contra la vida o la salud humana. Excluyen de igual forma, de este término la ley reglamento o disposiciones de éstas cuyo principal propósito sea la administración de la recolección, extracción o explotación de recursos naturales con fines comerciales, ni la recolección o extracción de

recursos naturales con propósitos de subsistencia o pro poblaciones indígenas.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Las llamadas cláusulas sociales han estado planteándose en la OMC desde su misma creación.

La incorporación formal, vía acuerdos complementarios, que hace el TLCAN, constituye un precedente original que vale la pena resaltar, que se materializa en 1994, antes de la propia OMC.

La experiencia de estos diez años de las controversias surgidas de los acuerdos paralelos, laboral y ambiental, evidencian que su diseño institucional no ha sido eficaz, pues al ser instrumentos de cooperación, no han podido impulsar una disciplina regional que recupere lo laboral y ambiental, como supuesto efectivo para la fundación sustentable en América del Norte.

En materia laboral, sólo tres principios reconocidos por la OIT, como estándares mínimos, son susceptibles de plantear controversias a nivel del arbitraje propiamente tal.

En materia ambiental la experiencia tampoco ha sido fructífera, pues el procedimiento entre gobiernos no se ha aplicado hasta la fecha, presentándose sólo casos dentro de los procedimientos de cooperación, entre particulares u organizaciones no gubernamentales y Estados.

Por su parte, los capítulos 18 y 19 del tratado bilateral Chile-EE.UU., si bien están inscritos en el cuerpo del tratado y las controversias admiten llevar algunos asuntos a los mecanismos generales de controversias del capítulo 22, la ambigüedad y discrecionalidad de sus disposiciones pronostican un desempeño poco eficaz.

Tal vez, lo más importante es que la TPA con que EUA negoció este tratado bilateral con Chile, estableció como mandato un apartado que denominó "Trabajo y Medio Ambiente", con lo cual asimiló

ambos conceptos en las llamadas cláusulas sociales de los tratados de libre comercio.

En cuanto a las estadísticas de los acuerdos paralelos del TLCAN, podemos resumirlos en los siguientes indicadores.

Respecto al ACLAN, entre 1994 y 2003 se presentaron 25 comunicaciones públicas ante las OAN respectivas. 16 corresponde a EUA; 6 a México y tres a Canadá. La mayoría de las comunicaciones se han referido a violaciones al principio de libertad de asociación y protección del derecho a organizarse. En algunos casos, estos derechos laborales se hicieron valer conjuntamente con otros principios tales como condiciones mínimas de trabajo, prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, e indemnización en casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales. De igual forma, de las 25 comunicaciones presentadas ante las OAN, doce dieron como resultado reportes, once de los cuales recomendaron consultas ministeriales.

En cuanto al ACAAN, los indicadores establecen que ante el mecanismo de los artículos 14 y 15, se han presentado 38 peticiones a la Comisión, elaborándose tres expedientes de hechos referentes a los siguientes casos: Muelle de cruceros de Cozumel (SEM-96-001); British Columbia Hydro and Power Co (SEM-97-001); y Metales y derivados (SEM-98-007).

Conviene destacar que el procedimiento de solución de controversia entre Estados, establecido de los artículos 22 a 36 del ACAAN, no se ha llevado a la práctica hasta el momento, razón por la cual se ha catalogado a este acuerdo paralelo como una carta de buenas intenciones.