

## LOS MUNICIPIOS MEXICANOS Y EL LIBRE COMERCIO. EL CASO DE METALCLAD

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA\*

A diez años de la puesta en vigor del Tratado de Libre Comercio, el éxito del Tratado ha sido experimentado más por los Estados Unidos que por México. A pesar de las quejas de nuestros vecinos sobre el aumento en la tasa de desempleo sostenidas por las organizaciones más corruptas que tienen, como la Unión de Camioneros (Teamsters Union), ello se debe más a la implantación de maquiladoras en el Oriente que al Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En definitiva, las exportaciones de ese país se han duplicado respecto a las exportaciones de México.

Pero además de este resultado en números reales, el Tratado de Libre Comercio ha sido igualmente favorecedor de los intereses comerciales de los Estados Unidos en el terreno de la solución de controversias, particularmente si se siguen los casos resueltos de acuerdo con el procedimiento marcado en el capítulo once del Tratado, que han favorecido hasta la exageración las reclamaciones del inversionista extranjero en territorio mexicano, dando un paso atrás a la famosa Cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional y a una consideración privilegiada del extranjero que el constitucionalismo mexicano luchó durante el siglo XIX para erradicarlo.

En 1758, Emmerich de Vattel escribió la justificación de la protección diplomática en los siguientes términos:

Cualquiera que maltrate a un ciudadano ofende directamente a su gobierno. El soberano de ese Estado puede vengar el daño y, si puede, forzar al agresor a satisfacer plenamente la reparación o a castigarlo; ya que de otra

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

manera, el ciudadano no lograría el principal objetivo de la asociación, que es la seguridad.<sup>1</sup>

Aunque este principio doctrinal fue malinterpretado y forzado en su aplicación contra las naciones débiles, durante el siglo XIX, tal como lo expresó el distinguido diplomático mexicano Luis Padilla Nervo en su opinión en el caso de España contra Bélgica, decidido el 5 de febrero de 1970 (Barcelona Traction, Light & Power Co.) por parte de la Corte Internacional de Justicia, ha dado un nuevo giro por la justicia internacional, que invierte el principio en sus consecuencias y puede ahora ser fundamento en la defensa de las naciones débiles contra las potencias que con prepotencia menosprecian y abusan de los extranjeros procedentes de países en vías de desarrollo.

Por lo menos en tres notables casos de la Corte Internacional de Justicia: *Mavrommatis Palestine Concessions*, *Panevezys-Saldutiskis Railway* y *Nottebohm*, se ha sentado el principio del derecho internacional que un Estado está legitimado a proteger a sus nacionales cuando éstos son afectados en sus derechos por actos cometidos por otro Estado, contrarios al derecho internacional, después de agotados los recursos ordinarios.

Pero la protección de un Estado ha abandonado su aspecto meramente físico, a través de la intervención armada, para transformarse en una defensa legal ante tribunales internacionales que con imparcialidad juzguen sobre la interpretación del derecho internacional y aplique en consecuencia las normas supranacionales.

Ha habido, en consecuencia, una transformación de la protección diplomática, por un sistema de Estado de derecho internacional, donde los tribunales internacionales resuelven disputas de afectación de los extranjeros por otros Estados, en violación de las normas internacionales aplicables.

Complemento de estas ideas lo constituye la Doctrina de Carlos Calvo, quien en su obra sobre *Derecho internacional, teórico y práctico* publicada por vez primera en 1868 y traducida al poco tiempo al francés, interpuso la primera limitación de la protección diplomática, ejercida como mera fuerza interventora de una nación poderosa en los asuntos de las naciones débiles, con el pretexto de proteger los intereses de sus nacionales. La salvaguarda o limitación que fomentó la doctrina Calvo fue que

<sup>1</sup> *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle appliques a la conduite et aux affaires des Nations et Souverains*, Londres, 1758, Libro II, párrafo 71, vol. 1, p. 309.

el debido proceso legal prevaleciera sobre la intervención armada al hacer de los tribunales nacionales y del tratamiento igualitario de los nacionales con los extranjeros, la regla para dirimir las reclamaciones de extranjeros frente a los posibles afectaciones de parte de un Estado.

La idea de soberanía nacional estuvo plasmada desde un principio en la concepción de esta doctrina, ya que evitaba que un Estado impusiera sobre otro sus políticas e intereses en detrimento de la igualdad ante la ley y de las políticas sostenidas por el Estado débil.

La Cláusula Calvo ha sido entusiastamente promovida por los países latinoamericanos desde la Primera Conferencia Internacional de los Estados Americanos, celebrada en Washington en 1889-1890, y ha sido puesta a consideración de tribunales nacionales e internacionales en múltiples ocasiones. Quizá la primera vez que se tomó en cuenta fue en el caso *North American Dredging Company of Texas v. The United Mexican States*, resuelto por la Comisión de Comercio Interestatal de los Estados Unidos en 1926. En este caso se condenó a México a pagar cinco mil dólares por los daños ocasionados a esta empresa.

Aunque la Comisión de Comercio Interestatal no es un tribunal, sino que es un organismo descentralizado del gobierno federal, con facultades jurisdiccionales en los Estados Unidos, esta agencia se tomó la libertad de analizar la Cláusula Calvo derivada del contrato celebrado entre México y la compañía en cuestión el 12 de noviembre de 1912, y giró su análisis alrededor de la Cláusula 18 del contrato,<sup>2</sup> sin hacer ninguna referencia al artículo 27 de la Constitución mexicana, que ya desde 1917 consagraba al más alto nivel la doctrina Calvo. En el caso *Metalclad*, que se explica con posterioridad, donde se basa en el Tratado de Libre Comercio, la jurisdicción internacional que se crea ex profeso para resolver las disputas comerciales fue considerada como una excepción al principio constitucional mexicano de la Cláusula Calvo.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> En la parte final de la Cláusula 18 del contrato referido, que antecede la adecuada redacción del artículo 27 constitucional, se leía: “(La compañía) está despojada de cualquier derecho como extranjera y bajo ninguna circunstancia se permitirá la intervención de agentes diplomáticos en cualquier asunto relacionado con el presente contrato”. Aunque esta redacción es aparentemente muy ofensiva, la intención de la cláusula era asimilar en igualdad de derechos a los extranjeros, más que en despojarles de cualquier derecho subjetivo, así como de evitar como método de solución de conflictos la intervención de la protección diplomática, que en esos tiempos se traducía siempre en fuerza militar.

<sup>3</sup> Folsom, Ralph H., *NAFTA and the Free Trade in the Americas*, 2a. ed., Thomson-West, 2004, pp. 161 y 162.

A pesar de que en esa ocasión México desconoció la jurisdicción de un cuasi-tribunal estadounidense, resolviendo un asunto de interés para una compañía de la misma nacionalidad, la Comisión desechó el argumento basado en otro precedente que ella misma había fijado, unilateralmente, por supuesto, en el caso *Illinois Central Railroad Co.*<sup>4</sup> No obstante, la resolución tiene conceptos interesantes que después ha desmentido la jurisprudencia norteamericana, como el de que los tratados internacionales se aplican no sólo a las naciones, sino también a los individuos.

De la misma manera, la decisión de *Dredging Company of Texas* puntualizó que si bien el derecho internacional no desaprobaba los compromisos de los extranjeros hechos para respetar el derecho mexicano, ello no significaba la renuncia que el extranjero hiciera para que su gobierno intentara los recursos internacionales contra violaciones al derecho internacional en su perjuicio;<sup>5</sup> como por ejemplo, la pertinencia de los actos de un gobierno frente a los estándares del derecho internacional, si su administración de justicia violentara algún principio reconocido por la comunidad internacional.<sup>6</sup>

El capítulo once del Tratado de Libre Comercio establece el procedimiento ante un panel internacional para dirimir las disputas de inversionistas extranjeros en cualquiera de los Estados partes. El 2 de mayo de 2001, la Suprema Corte de Columbia Británica, Canadá, resolvió en definitiva, dentro del procedimiento del Tratado de Libre Comercio, el caso *México v. Metalclad Corp.*, el cual ya había sido fallado el 30 de agosto de 2000 a través del panel previsto en el Tratado y por el cual México había sido condenado a pagar a la empresa citada la cantidad de 16,685,000 dólares por concepto de daños.<sup>7</sup>

Metalclad es una empresa norteamericana, establecida en Newport Beach, California, que se especializa en la construcción y mantenimiento de confinamientos para desechos industriales. Esta empresa adquirió en 1993, de la compañía mexicana Confinamiento Técnico de Resi-

<sup>4</sup> Resuelto el 31 de marzo de 1926, bajo el número de expediente 432.

<sup>5</sup> *North American Dredging Company of Texas v. The United Mexican States* (1926) 4 RIAA 26, párrafo 11.

<sup>6</sup> Esta conclusión fue sostenida particularmente en el caso decidido por la misma Comisión de Comercio Interestatal denominado *LFH Neer & Pauline E. Neer*, expediente 136.

<sup>7</sup> Las pretensiones de la empresa eran de conseguir 90 millones de dólares en todo el proceso.

duos Industriales S. A. de C. V. (COTERIN), la construcción de un confinamiento ubicado en el paraje de La Pedrera, dentro del municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí, donde habitan por lo menos 25,000 personas en un radio de 10 kilómetros.

Debido a la falta de cuidado e infracción a las disposiciones reglamentarias en el manejo de 20,000 toneladas de desperdicio, este confinamiento de COTERIN fue clausurado por las autoridades federales el 26 de septiembre de 1991, y no fue autorizado a reabrir sino hasta febrero de 1996. Este negligente manejo de los desperdicios provocó serios problemas sanitarios en las localidades circunvecinas.

El municipio de Guadalcázar se había opuesto a la construcción de este establecimiento desde 1991, y renovado su negativa en 1992, por lo que COTERIN buscó en las autoridades federales y estatales algún tipo de permiso para la construcción del confinamiento, lo cual sucedió en 1993, obteniendo la empresa tres permisos, dos federales y uno estatal, seguramente con el objetivo de sanear su manejo de desechos para transferir el control completo a Metalclad, lo cual ocurrió en abril del último año mencionado.

Sin embargo, la compraventa de COTERIN por Metalclad fue condicionada a que se obtuvieran los permisos municipales de construcción que requería el confinamiento o, en su defecto, la resolución judicial que concluyera cualquier disputa al respecto. Sin los permisos municipales para la construcción del relleno, COTERIN comenzó la construcción, y hasta enero de 1995 consiguió un permiso de construcción *federal*. Previamente, la autoridad municipal había clausurado el 26 de octubre de 1994 la construcción, y COTERIN inició procedimientos para levantar la clausura, por lo que el municipio decidió definitivamente continuar con la clausura el 5 de diciembre de 1995.

Pero en marzo de 1995 la construcción en cuestión había sido completada pasándose por alto las decisiones del municipio. La apertura del establecimiento, programada el 10 de marzo de 1995, fue boicoteada por manifestantes, y nunca pudo entrar en operaciones, por el grave desacato a las resoluciones municipales.

La compleja situación demuestra que si bien los requisitos para construir se habían satisfecho aparentemente, el interés del municipio era evitar que el *manejo* de los desechos se hiciera inadecuadamente y no se repitiera el fenómeno de 1991. De la misma manera, en el gabinete de las autoridades federales, los estudios de impacto ambiental de este confina-

miento seguramente eran positivos para su operación, pero nuevamente el interés de las autoridades municipales era garantizar que ya no sucedería el *negligente* manejo que la empresa había hecho. El *quid* del problema radicaba quizá en la deficiente supervisión federal para evitar el mal manejo de los desechos, por un lado, aunado a que la comunidad del municipio no quería tomar nuevamente el riesgo de que la sucedánea empresa Metalclad volviera a incurrir en negligencia.

La empresa consideró que llegando a un convenio con las autoridades federales se resolvería el asunto de Metalclad. Aunque se suscribió dicho convenio el 25 de noviembre de 1995 con dos dependencias de la SEMARNAP, limitando la duración de su permiso para operar el confinamiento por tres años, pero aumentando la capacidad del relleno de desechos diez veces, de 36,000 toneladas a 360,000 toneladas. Este convenio fue suscrito en febrero de 1996. No obstante, el municipio persistió en la negativa de autorizar la construcción, no sólo incluyendo violaciones reglamentarias en materia de construcción, como que se había construido antes de haber obtenido el permiso, sino además argumentando razones de salud municipal y de la oposición de la comunidad al establecimiento de un confinamiento de esa naturaleza.

Pero la convicción del municipio estaba sometida a prueba, y, después de protestar formalmente ante la SEMARNAP, solicitó el amparo de la justicia federal en enero de 1996, obteniendo una suspensión respecto al convenio que se firmaría. No obstante, la tesis de jurisprudencia de que los municipios no pueden acceder vía amparo a la justicia federal, pues no gozan de garantías individuales, se aplicó, para desechar finalmente el juicio de amparo en mayo de 1999, sin haber entrado al fondo del asunto.<sup>8</sup>

La sentencia que desecha el amparo por improcedente sugiere que la vía adecuada hubiera sido la controversia constitucional. Aunque efectivamente este razonamiento es correcto, pues se hubiera tratado de un

<sup>8</sup> Esta situación de indefensión del municipio es notoria, y hasta la fecha no se ha tratado de remediar. Si bien formalmente la tesis es correcta, pues la institución municipal no goza de garantías individuales, poniendo fuera de discusión los derechos que las autoridades individuales puedan tener en su capacidad de personas físicas, el artículo 103 constitucional en sus fracciones omite incluir al municipio como parte afectada por leyes o actos de las autoridades federales y estatales. Si bien existe la controversia constitucional, la naturaleza de esta controversia es en el ámbito de sus atribuciones, mas no en la afectación por actos estatales, como el permiso de construcción, no de leyes, que infringen las facultades propias del municipio, por lo que debiera reformarse las fracciones II y III de la disposición constitucional mencionada, para incluir a los municipios.

conflicto entre la Federación y un municipio, de acuerdo con el artículo 105, fracción I, inciso b) de la Constitución. De cualquier manera, la Ley de Amparo es reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, habiendo las hipótesis en las fracciones II y III del artículo 103, por las cuales los tribunales federales deben resolver las controversias planteadas contra leyes o actos que afecten la soberanía, autonomía o competencia de las esferas de gobierno, a través del juicio de amparo hasta que no se especifique en la ley otra vía más apropiada. Esta confusión constitucional y la restringida interpretación judicial hacen que el municipio se encuentre aún en estado de indefensión, pues muchas controversias no caen en la competencia de una controversia constitucional por no tener la dimensión de conflicto de competencias.

Al principio, poco después de abril de 1996, Metalclad presentó un amparo contra la autoridad municipal, el cual fue desechado y estando en revisión ante la Suprema Corte. La empresa se desistió para negociar con el municipio en cuestión. Las negociaciones no prosperaron, a pesar de tanta manipulación del sistema judicial mexicano y en octubre de 1996 la empresa decidió proseguir el litigio en el foro brindado por el Tratado de Libre Comercio, de acuerdo con el artículo 1119 de dicho Tratado.

Al sustraer Metalclad el asunto de la jurisdicción nacional, tuvo la facilidad de escoger las reglas de arbitraje que le confieren el artículo 1120 del TLC. Mientras se sustanciaba este procedimiento, el gobernador de San Luis Potosí, a escasos tres meses de concluir con su administración, decretó el 20 de septiembre de 1997 como reserva ecológica cerca de 190, 000 hectáreas dentro del municipio de Guadalcázar, para la protección de cactáceas.

El arbitraje se rindió mediante un panel o tribunal de tres personas localizadas en Vancouver, Canadá. El laudo se rindió el 30 de agosto de 2000, como ha quedado mencionado, y se sometió a revisión ante la Suprema Corte de la Columbia Británica, siendo el magistrado Tysoe el ponente de la resolución.

La empresa que demandó a México manifestó que se habían violado los artículos 1105 y 1110 del TLC. El primer artículo establece que cada país parte otorgará a las inversiones de personas de los otros países parte un tratamiento basado en el derecho internacional,<sup>9</sup> dándoles un tratamiento justo y equitativo, así como una completa protección y seguridad.

<sup>9</sup> Nótese la exclusión del derecho nacional y de la Cláusula Calvo en consecuencia.

Por su parte, el artículo 1110 del TLC, determina que ningún país parte podrá nacionalizar o expropiar una inversión de un inversionista de otro país parte, “o aplicar medidas equivalentes a la nacionalización o expropiación”, excepto por interés público, bajo una base no discriminatoria, observando el debido proceso legal y mediante pago de compensación.

El término de “medidas” que se ha puesto en cursivas de dicha disposición del TLC se define en el artículo 201 del propio Tratado como cualquier ley, regulación, procedimiento, requisito o práctica que obstaculice los objetivos del Tratado, que se reducen sustancialmente al incremento de las oportunidades de inversión en los territorios partes del tratado.

Por supuesto, con esta aventajada interpretación que se dio en la resolución de la Suprema Corte de la Columbia Británica y que se desprende de las propias palabras del Tratado, los inversionistas extranjeros en nuestro país gozan de mayores garantías que el inversionista nacional; pero además existe una prevalencia de los tribunales internacionales sobre los tribunales domésticos, lo cual en principio no afectaría si los tratados internacionales estuvieran bien definidos en su contenido y competencia, pero su aplicación automática y radical vulnera el principio *constitucional* de que los litigios relativos a extranjeros deben resolverse en los tribunales mexicanos como cualquier nacional de nuestro país, lo cual es la esencia de la Cláusula Calvo.

Quizá éste sea el porvenir del derecho internacional, pero mientras opera se requiere de un ajuste constitucional que evite la abierta contradicción entre el artículo 27 y el artículo 1105 del TLC. Por el momento, considero que hay serias dudas sobre la constitucionalidad de esta disposición contractual a nivel internacional.

Antes de seguir en el derecho internacional, hay que introducir un elemento de suma importancia en la discusión: la ausencia de participación de las localidades en la formación de la vida internacional dentro del sistema constitucional mexicano. Esta cuestión es reflejo de la misma condición de los estados y condados de los Estados Unidos.

Nuestra Constitución divide las competencias del Estado federal entre dos entidades: la Federación y los estados, según el artículo 124. Así, desde un principio, los municipios son actores pasivos del federalismo mexicano a pesar de la reforma del 23 de diciembre de 1999 al artículo 115, que introdujo al ayuntamiento como un órgano de gobierno de los municipios, y no un mero órgano de administración.

De cualquier manera, dentro de esa distribución de competencias, ni los estados ni los municipios, en consecuencia, pueden ser partícipes de la formación de convenios o tratados con otras naciones, según el artículo 117, fracción I, de la propia Constitución. Sin embargo, el artículo 133 constitucional no es claro respecto al ámbito de competencia de los tratados internacionales y sus efectos sobre la legislación estatal y la regulación municipal, aunque por la tesis aislada de jurisprudencia LXX-VII/99 aprobada en noviembre de 1999 por la Suprema Corte de Justicia de México, se infiera que los tratados son superiores al derecho doméstico, o sea, a las leyes federales y estatales. Lo anterior debe interpretarse restrictivamente, pues esta tesis es válida tratándose de tratados que contengan derechos humanos que no son constitucionalmente facultades en el sentido a que se refiere el artículo 124, sino garantías individuales que limita la actividad de todas las autoridades del Estado federal.

Con estas indefiniciones y deficiencias, la vía internacional debe cultivarse con cautela y siempre respetando ante todo las disposiciones constitucionales para evitar que ahora el TLC esté por encima de la Constitución. No debe conculcarse la distribución de competencias ni el sistema federal, por lo que un permiso municipal de construcción vale tanto como el reporte sobre impacto ambiental de la autoridad federal, porque son actos de dos ámbitos de competencia distintos que las leyes y su interpretación no someten a jerarquías ni preeminencias.

Así como es importante la apreciación del impacto ambiental por la autoridad federal, el equilibrio ecológico no es una materia exclusivamente federal, sino concurrente, donde la Federación, por un lado, y los estados y municipios son libres para apreciar el impacto de una industria, inversión o actividad.<sup>10</sup> En consecuencia, la ecología está en la agenda de las relaciones intergubernamentales y no al criterio de una de las autoridades involucradas.

Los tribunales internacionales fallando un asunto del TLC aplican los criterios que son comunes en Canadá y los Estados Unidos, pero que México ha rechazado sistemáticamente: que las leyes y el orden federal prevalecen sobre lo local. Efectivamente, desde 1819 en el caso *McCulloch v. Maryland*, la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó que ante un conflicto entre una ley federal y una ley local la primera pre-

<sup>10</sup> Mendoza Berruelo, Eliseo (coord.), *Federalismo, ecología y administración municipal*, El Colegio de la Frontera Norte, 1996, p. 123.

valece. La jurisprudencia mexicana no llega a esta conclusión, pues nuestra distribución de competencias hace que las leyes tengan distintas reglas de solución ante sus conflictos.

Pero aunque la materia ecológica sea concurrente y, en consecuencia, pareciera que las disposiciones federales prevalecerían sobre las regulaciones locales, el caso *Metalclad* involucra no sólo la ecología, sino otras materias distintas: el uso del suelo y la construcción de edificaciones, así como la disposición final de residuos que corresponden constitucionalmente a los municipios (artículo 115, fracción III, inciso c) y la Federación al actuar, debe ser respetuosa.

Finalmente, el caso tuvo que concentrarse en lo que llamó la “expropiación regulatoria”, derivada de un concepto del derecho judicial anglosajón. En el caso *Pennsylvania Coal Corporation v. Mahon* 260 US 393 (1922), el ministro Oliver Wendell Holmes aseveró que si bien la propiedad privada estaba sujeta a regulaciones, si éstas iban más allá se convertiría en un acto expropiatorio. Este concepto se engarzó con la interpretación del artículo 1110 del TLC, que define a medidas equivalentes a la expropiación como prohibidas por el “libre comercio”. Por lo que este concepto se extrapoló a la facultad de los municipios mexicanos para emitir permisos de construcción, y aceptar la no construcción de confinamientos que pudieran ser dañinos a la salud y al medio ambiente.

Por supuesto, estas “expropiaciones” están lejos de la legislación mexicana. Pero lo paradójico al respecto es que despierta un asunto fenecido y arreglado desde la expropiación petrolera de 1938, al descubrir nuevos medios expropiatorios.

Los asuntos ventilados entre el municipio de Guadalcázar, el gobierno federal y la empresa de marras muestran las carentes relaciones intergubernamentales de nuestro federalismo, la ausencia de efectiva aplicación de las leyes ecológicas que no supervisan a las fuentes contaminantes y los recursos de legítima defensa de los municipios que con sus pedazos de autonomía tratan de derrotar al Goliat de la ineficiencia federal. La claudicación a la jurisdicción nacional que México hizo con el Tratado de Libre Comercio es lamentable y ocasionará más perjuicio que beneficio. El espectro de los privilegios de inversionistas extranjeros abolirá de facto el principio de la Cláusula Calvo que por una centuria las instituciones latinoamericanas se esforzaron en crear.