

Servicios del *TLCAN* y cambio climático

Robert K. Stumberg

Seis capítulos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*TLCAN*) aplican a medidas gubernamentales que regulan los servicios: *Capítulo 6*, Energía y petroquímicos básicos; *Capítulo 9*, Medidas relacionadas estándares; *Capítulo 11*, Inversión; *Capítulo 12*, Servicios de intercambio entre fronteras; *Capítulo 14*, Servicios financieros, y *Capítulo 15*, Políticas de competencia, monopolios y empresas estatales.¹

Durante los primeros 15 años, el rostro de los servicios del *TLCAN* ha sido un camionero mexicano falto de sueño. Argumentando una preocupación por la seguridad, Estados Unidos mantiene un moratorio indefinido para el transporte de camiones mexicanos de largo alcance.² Esto continúa a pesar de que México presentó –y ganó– la primera disputa de servicios del *TLCAN* en contra del moratorio bajo el capítulo 12, “Comercio en servicios entre fronteras”.³ Cuando México finalmente en marzo de 2009 impuso \$2,400 millones de dólares en sanciones de comercio, la administración de Obama

¹ El capítulo de inversión es explicado en el artículo de Gus Van Harten. Se trata a las empresas que proveen un servicio a través de presencia comercial (*e.g.*, como subsidiario) en un país, y eso deshabilita a los inversionistas privados de buscar una compensación por violaciones al capítulo. Los otros capítulos deshabilitan a los gobiernos e inversionistas no privados a reforzar las reglas a través de sanciones de intercambio. En una disputa de inversión acerca de transporte de desechos peligrosos entre fronteras donde Canadá perdió, el tribunal dejó claro que los capítulos del *TLCAN* son “acumulativos”, “es decir, que los capítulos 11 y 12 pueden aplicar a la misma medida. *S.D. Myers v. Canada*, Partial Award (Merits) (2000, 13 de noviembre 13), 40 *International Legal Materials* 1408, ¶ 292.

² Véase Christopher Stoltz (2005), “*NAFTA*, The United States, Texas, and Mexico: Problems Facing Commercial Vehicles at the Border and What is Being Done to Ensure Safety on the Roadways”, *Texas Tech Journal of Texas Administrative Law*, 6, 165.

³ Panel sobre *TLCAN* (2001, February 6), *In the matter of Cross-Border Trucking Services (Cross-Border Trucking)*, Secretariat File No. USA-MEX-98-2008-01. Véase Elizabeth Townsend (2004), *NAFTA*, “Mexican Trucks and the Border: Making Sense of Years of International Arbitration, Domestic Debates and the Recent U.S. Supreme Court Decision”. *Transportation Law Journal*, 31, 131.

rápida­mente anunció sus intenciones de negociar un acceso seguro y gradual para los camiones mexicanos.⁴

Ése fue el mes en que Canadá cambió su atención a la frontera norte. En una campaña lobista de ambas costas, Canadá se quejó de que las medidas propuestas para el clima en el congreso de EU y el estado de California discriminarían la distribución del crudo (“bitumen”) que se extraía de las arenas de brea en Alberta. Canadá también afirma que las políticas de energía renovable del Estado discriminan las exportaciones del hidropoder canadiense.

Otros servicios entre fronteras han generado cierta controversia acerca del *TLCAN*,⁵ pero el transporte de camiones y la energía son los servicios entre fronteras en los cuales una disputa –o amenaza– de comercio tiene el poder de dar forma a las decisiones de política más importantes.

Durante la campaña presidencial de 2008,⁶ el candidato Barack Obama propuso “enmendar” el *TLCAN*.⁷ Mientras que señalando la intención de re-

⁴ México anuncia \$2.4 billones (miles de millones de dólares) en represalias por los camiones del programa (2009, 17 de marzo). *Inside U.S. Trade*; La administración busca responder rápidamente a las represalias contra los camiones mexicanos Retaliation (2009, 20 de marzo). *Inside U.S. Trade*. La imposición por parte de México de sanciones comerciales parece reflejar un cambio dentro de la industria camionera mexicana, que indicó que está dispuesta a reclamar su parte del mercado de larga distancia mediante la presentación de arbitraje de los inversores con arreglo al capítulo 11 del *TLCAN*. Los camioneros mexicanos buscan más de \$6 mil millones de dólares en indemnizaciones. *CANCAR v. United States* (Notice of Arbitration) (2009, April 2); Jose de Cordoba (2009, June 2). Los camioneros mexicanos han archivado 6 mil millones de dólares en demandas contra Estados Unidos en el marco del *TLCAN*. *Wall Street Journal*. Disponible en: <http://online.wsj.com/article/SB124390544386374905.html> (consultado 2 de junio de 2009).

⁵ Los sectores de servicios del *TLCAN* que han generado controversia (pero no una disputa comercial probable) incluyen: Juegos de azar, Justin Rex (2008), “The options for Internet gambling in Canada”. *American Review of Canadian Studies* (verano). Disponible en: http://findarticles.com/p/articles/mi_hb009/is_2_38/ai_n29452629/?tag=content;colI (viewed May 20, 2009). Véase también CBC News (2003, November 17), “Online Gambling”, *CBC News Online*. Disponible en <http://www.cbc.ca/news/background/gambling/onlinegambling.html> (consultado 19 de marzo de 2009); Michael D. Lipton (2002, junio), “Internet gaming: A look at online gambling in Canada”, *The International Masters of Gaming Law* Disponible en: http://www.gaminglawmasters.com/jurisdictions/canada/inet_canada.html (consultado el 20 de mayo de 2009). *Salud*: véase Heather Heavin (2003), “The Romanow Report: NAFTA Reservations and Proposed Reform”, *Saskatchewan Law Review*, 66, 577. *Turismo general*: véase Luz Aída Martínez Meléndez (2008, 21 de abril), “NAFTA, Tourism and the Environment in Mexico”, *Research Paper, Fourth North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade. Tourism, fishing*: véase Katherine Mcguire (2001), “State and Provincial Regulations with Cross-Border Impact”, *Canada-U.S. Law Journal*, 27, 243.

⁶ Ohio Conference on Fair Trade (2008, 28 de febrero), “Presidential Candidate Questionnaire: Barak Obama, Question 7, Replacing the NAFTA model”, pp. 5-6. Disponible en: http://www.citizenstrade.org/pdf/OCFTI_%20PresPrimaryTradeQuestionnaire_Obama_022008.pdf.

⁷ North American Free Trade Agreement, NAFTA (1992, 17 de diciembre), Can-Mex-U.S., *International Legal Materials*, 32, 299.

abrir el texto del tratado, su administración está evaluando cómo se debe cambiar el modelo para tratados a futuro.⁸

Surgen varias lecciones de la disputa por el transporte en camiones y del conflicto de energía bajo los capítulos 6 (Energía) y 12 (Servicios entre fronteras). Sin importar el resultado, el debate presenta una imagen de falta de balance estructural que el *TLCAN* comparte con sus tratados de libre comercio posteriores. Para propósitos de trato nacional, el *TLCAN* no presenta excepciones paralelas (comparado con productos) para las medidas que se relacionan con los servicios entre fronteras. En la ausencia de excepciones paralelas para la salud y conservación de recursos, una disputa de comercio basada en los servicios puede minar las excepciones para las medidas que regulan los productos. Estas vulnerabilidades persisten en los tratados de libre comercio más recientes.

Existe una comparación entre el *TLCAN* y las cláusulas del *WTO* (World Trade Organization) sobre el tratamiento de los servicios. En el primero tienen una cobertura más amplia y en el segundo excepciones más limitadas sobre el Comercio en los Servicios (*GATS*). En los casos en que la cobertura se empalma, el *TLCAN* podría restringir la flexibilidad integrada en el sistema *WTO*. En teoría, el *TLCAN* provee mecanismos para preservar el espacio de la política al crear nuevos tratados y políticas sobre el clima conforme van surgiendo. Pero para cuando una política emerge, las líneas de conflicto en el comercio ya se han trazado. Al final, la lección realista es arreglar las fallas del *TLCAN* no repitiéndolas. Cualquier tratado a futuro debe considerar los productos y servicios como los sectores paralelos que son, –con excepciones– iguales para los objetivos de política, legítimos.

Necesidad de reforma

Cobertura dual: el TLCAN y la WTO

Las sanciones del transporte en camiones impuestas a México nos recuerdan que las reglas del *TLCAN* sobre los servicios aún se encuentran en pañales. Es posible que se nos tenga que recordar que a un año de que el *TLCAN* entró en vigencia, los países que lo conforman el *TLCAN* se unieron en un tratado de servicios más amplio con un alcance global y reglas de comercio

⁸Véase Advisory from the Committee on Ways and Means, Subcommittee on Trade (2009, 7 de mayo), Trade Subcommittee Chairman Levin Announces a Hearing on Investment Protections in U.S. Trade and Investment Agreements, No. TR-2.

adicionales, el *GATS*.⁹ Como el *TLCAN*,¹⁰ el *GATS* prohíbe la discriminación con las reglas de Trato Nacional y el de Nación Más Favorecida (*NMF*).¹¹ Pero el *GATS* va más allá para prohibir límites no discriminatorios en número, cantidad o forma legal de los servicios y proveedores.¹²

Sin embargo, el eclipse del *GATS* sobre el *TLCAN* es sólo parcial. Las reglas del *GATS* aplican a sectores “comprometidos” específicos, mientras que el *TLCAN* cubre todos los sectores; éstas son sólo una pequeña cantidad de medidas que son excluidas por los anexos.¹³ A pesar de que los anexos del *TLCAN* podrían excluir las medidas estatales y provinciales, las negociaciones nunca completaron el proceso para medidas a futuro debido a su complejidad y resistencia política.¹⁴

Adicionalmente a una cobertura más amplia que el *GATS*, el *TLCAN* provee pocas excepciones. Un país del *TLCAN* puede defenderse del reto en contra del tratamiento de productos invocando las excepciones generales del *GATT* (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), para las medidas “necesarias para proteger la vida humana, animal o de las plantas y su salud” o las medidas “relacionadas con la conservación de recursos naturales exhaustivos”.¹⁵

Existe la especulación de que las excepciones del *GATT* pueden aplicar a otros acuerdos del *WTO* (por ejemplo, procuración, servicios, subsidios, etcétera).¹⁶ Sin embargo, los acuerdos del *WTO* demuestran la intención de incluir

⁹General Agreement on Trade in Services (*GATS*) (1994, 15 de abril), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B. *United Nations Treaty Series*, 1869, 183.

¹⁰*TLCAN*, art. 1202. Véase Harry G. Broadman (1993), “International trade and Investment in Services: A Comparative Analysis of the *NAFTA*”, *International Lawyer*, 27, 623.

¹¹*GATS* art. II (*MFN*) y art. XVII (National Treatment).

¹²*GATS* art. XVI (Market Access). El *GATS* también autorizó las negociaciones sobre las nuevas normas comerciales para la regulación interna, las subvenciones y la contratación de servicios, que están ahora en curso. *GATS* art. VI (4) (Domestic Regulation), art. XIII (Government Procurement) y art. XV (Subsidies).

¹³El Anexo I, no incluye las medidas que existían en 1993, incluyendo todas las medidas estatales y provinciales que no eran coherentes. El Anexo II incluye los tipos de futuras medidas inconsistentes.

¹⁴*NAFTA* Parties to Protect Existing Sub-Federal Measures Indefinitely (1996, 3 de abril). *Inside U.S. Trade (Inside NAFTA)*. Véase McIlroy, James P. (1997), “*NAFTA* and the Canadian Provinces: Two Ships Passing in the Night?”, *Canada-U.S. Law Journal*, 23, 431; Matthew Schaefer (1997), “Searching for Pareto Gains in the Relationship between Free Trade and Federalism: Revisiting the *NAFTA*, Eyeing the *FTAA*”, *Canada-United States Law Journal*, 23, 441; Edward T. Hayes (2005). “A Comparative Analysis of the Regulation of State and Provincial Governments in *NAFTA* and *GATT/WTO*”, *Chicago Journal International Law*, 5, 605.

¹⁵*TLCAN* art. 2101; General Agreement on Tariffs and Trade (*GATT*) (1994, 15 de abril). Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, *United Nations Treaty Series*, 1867, 187, art. XX(b) and (g).

¹⁶Véase World Trade Organization (*WTO*) Panel Report (2009, 27 de abril). *Columbia – Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, Doc. WT/DS366/R, ¶ 7.498. Ahí, el panel opinó,

selectivamente las mismas excepciones que el *GATT* en algunos casos¹⁷ y de excluirlos en otras.¹⁸ El *TLCAN* incorpora de manera explícita las excepciones del *GATT* en su capítulo sobre la energía, pero sólo para bienes y no para servicios.¹⁹

El *TLCAN* provee una única excepción para los servicios: medidas “necesarias para asegurar el cumplimiento” con una disposición que es de otro modo consistente con el *TLCAN*.²⁰ Sin embargo, como fue interpretado por el panel del *TLCAN* en *Transporte de Camiones entre Fronteras*, la medida que se está defendiendo debe hacer valer otra ley, no a sí misma.²¹ Adicionalmente, la medida que se está haciendo valer debe ser consistente con el *TLCAN*. Esa condición no se puede cumplir si la ley que se está aplicando es la misma medida que se está confrontando.²²

“In any cases where a measure may violate a particular provision of the *WTO* Agreements, a number of exceptions—notably those included in Article XX of the *GATT* 1994—allow *WTO* Members to justify a *WTO*-inconsistent measure”. Christopher D. Stone (1997), “Too Many Fishing Boats, Too Few Fish: Can Trade Laws Trim Subsidies and Restore the Balance in Global Fisheries?”, *Ecology Law Quarterly*, 24, 505 (“...the *SCM* carried forward by implication the “general exceptions” defenses under *GATT* Article XX”).

¹⁷ Por ejemplo, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (*SCM*) (1994, 15 de abril). Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, *United Nations Treaty Series*, 1867, 14, art. 8 (Non-Actionable Subsidies), which is terminated under art. 31, Provisional Application (“The provisions of Artículo 8 (...) puede aplicar por un periodo de cinco años”).

¹⁸ Por ejemplo, el Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas (*TRIMS*) (1994, 15 de abril). Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, *United Nations Treaty Series*, 1868, 186, art. 3 (“All exceptions under the *GATT* 1994 shall apply, as appropriate, to the provisions of this agreement”).

¹⁹ *TLCAN*, art. 2101.1 (“A los efectos de: La Segunda parte –Comercio de Mercancías–, salvo en la medida en que una disposición de que se aplique a servicios, y la tercera parte –Obstáculos Técnicos al Comercio–, excepto en la medida en que una disposición de esa parte se aplica a los servicios, artículo XX del *gatt* y sus notas interpretativas se incorporan a (...) y forman parte del presente Acuerdo. Las Partes entienden que las medidas contempladas en el artículo XX del *GATT* (b) incluyen las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud humana, animal o vegetal, o la vida de la salud, y que el *GATT* Artículo XX (g) se aplica a las medidas relativas a la conservación de la vida y no vivos de los recursos naturales consumibles.”)

²⁰ *TLCAN* art. 2101.1.

²¹ *Cross-Border Trucking*, ¶ 264 (citing *WTO Panel Report* (1957, 14 de marzo). *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*. Doc. WT/DS31/R, ¶¶ 5.8-5.1). The exception in *NAFTA* art. 2101(2) is similar to the exception in *GATS* art. XIV(c) and *GATT* art. XX(d). Por ejemplo, véase: the *WTO Appellate Body Report* (2005, 20 de abril). *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services* (United States-Gambling Services). Doc. WT/DS285/R; *WTO Panel Report* (2001, 10 de enero). *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, chilled and Frozen Beef*, Doc. WT/DS161,169/R / DSR 2001:I, 59; *GATT Panel Report* (1990, 16 de mayo). *EEC-Parts and Components*. Doc L/6657-37S/132. Véase también, Leroux, Eric H. (2007), “Eleven Years of *GATS* Case Law: What Have We Learned?”, *Journal of International Economic Law*, 10, 749.

²² *Cross-Border Trucking*.

Cobertura dual: productos y servicios

El *TLCAN* no define la distinción entre “productos” y “servicios”. En vez de ello, define los productos haciendo referencia al Sistema de Tarifas Armonizado de clasificación de aranceles. En el caso de energía y productos petroquímicos, incluye las categorías de productos para la electricidad, gas natural y artificial, crudo, productos de petróleo refinado específicos, etcétera.²³ Para los servicios, hace referencia a las actividades empresariales como la transmisión, distribución y almacenamiento de energía y productos petroquímicos.²⁴ Así como otros acuerdos de comercio, la cuestión no es sólo si una ley queda cubierta exclusivamente por el capítulo de productos del *TLCAN* o un capítulo sobre servicios, ya que en ambos casos es posible que aplique. Por ejemplo, el Estándar de Combustible Bajo en Carbono de California (*LCFS*) es muy probable que esté cubierto por los capítulos de *TLCAN* en:

- Productos, lo que aplica en “comercio de productos” e incorpora la cobertura del *GATT* de regulaciones internas “afectando la venta interna, ofreciendo la venta, compra, transporte, distribución o uso”.²⁵
- Energía y petroquímicos, ya que es una medida “relacionada a (...) productos básicos petroquímicos que se originan en el territorio de las partes (...) y para el comercio entre fronteras en los servicios asociados con dichos productos”.²⁶
- Servicios entre fronteras, ya que es una medida en “relación al comercio entre fronteras en lo referente a servicios”.²⁷

Cada capítulo aplica a un enfoque más amplio de medidas que aquellos que directamente regulan los productos o servicios, respectivamente. Una medida que regula la distribución de servicios puede fácilmente “afectar” el comercio en los productos que están siendo distribuidos. Una medida que regula un producto también puede estar “relacionada” con los servicios de distribución de ese producto. En otras palabras, una sola regulación puede estar cubierta por dos o más capítulos del *TLCAN*.

Una razón para la ausencia de excepciones de servicios es que el *TLCAN* provee rutas alternas para salvaguardar las regulaciones de servicios. Una fue

²³ *TLCAN* art. 602.2; U.S. International Trade Commission (*USITC*) (2009), *Official Harmonized Tariff Schedule*, Consultado en julio 22, 2009 from *USITC* Web site: <http://www.usitc.gov/tata/hts/index.htm>.

²⁴ Como ejemplo véase el *TLCAN* art. 602.3.1.

²⁵ *TLCAN* capítulo 3 (National Treatment and Market Access for Goods), art. 1; *GATT* art. III:1.

²⁶ *TLCAN* capítulo 6 (Energy and Basic Petrochemicals), art. 602.1.

²⁷ *TLCAN* capítulo 12 (Cross-Border Trade in Services), art. 1201.1.

sacarlas del capítulo de energía, como lo hizo México; la otra fue sacarlas poniéndolas en un listado del Anexo II, que Estados Unidos aún puede hacer por medio de negociaciones. Estados Unidos no usó ninguno de estos métodos para su política de energía o clima.

El hecho es que aun si un país miembro del *TLCAN* pudiera defender una medida bajo las excepciones para el comercio en productos, podría perder un reto basado en el trato nacional de servicios. Esta distinción se hace presente en el contexto de exportaciones canadienses de servicios de energía a Estados Unidos.

Cuadro 1

COMPARACIÓN DE LAS EXCEPCIONES GENERALES DE *TLCAN*²⁸

| <i>Productos-Excepciones Seleccionadas Incorporado del GATT art. XX</i> | <i>Servicios entre Fronteras</i> |
|---|---|
| a. Medidas necesarias para proteger la moral pública. | |
| b. Medidas necesarias para proteger la vida humana, animal o vegetal y la salud. | |
| c. Medidas necesarias para asegurar el cumplimiento con las leyes o regulaciones que no sean inconsistentes con las cláusulas de tratado. | Medidas necesarias para asegurar el cumplimiento con las leyes o regulaciones que no sean inconsistentes con las cláusulas de este tratado. |
| g. Medidas relacionadas con el agotamiento de recursos naturales no renovables... | |
| i. Medidas esenciales para la distribución de productos en escasez... | |

Servicios ambientales de energía y clima

Como lo señalan Robert Howse y Petrus van Bork, “La energía es inherentemente dinámica, es un proceso de transformación. El producto es el proceso”.²⁹ El capítulo 6 del *TLCAN* requiere del trato nacional de productos de energía (como la electricidad y el petróleo)³⁰ y proveedores entre fronteras de servicios de energía (como la distribución de dichos productos).³¹ El

²⁸ *TLCAN* art. 2101.1, which for measures that relate to trade in goods, incorporates *GATT* art. XX.

²⁹ Howse, Robert L. y Petrus van Bork (2006), “Opportunities and Barriers for Renewable Energy in *NAFTA*”, *Research Paper, Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade* (febrero), p. 29, nota 109.

³⁰ *TLCAN* art. 606; *TLCAN* art. 301.

³¹ *TLCAN* art 1202.

capítulo 14 cubre los servicios financieros relacionados con la energía (como el comercio en créditos de carbono y *offset*). Un país miembro del *TLCAN* puede realizar una medida que se relacione con la distribución de productos bajo los capítulos del *TLCAN* para los productos o servicios o ambos.³² Esto es consistente con la interpretación del *WTO* de que tanto el *GATT* y el *GATS* pueden cubrir la misma medida.³³

Un reclamo al *GATS* le daría a Canadá la oportunidad de aliarse con otros países, algunos de los cuales (por ejemplo Venezuela o Brasil) han ganado disputas en la *WTO* en contra de Estados Unidos.³⁴ Y como el *TLCAN*, el *GATS* también carece de una excepción para la conservación de recursos.³⁵ Pero a diferencia del *TLCAN*, el *GATS* provee una excepción para la vida y salud humana y de animales.³⁶ Esta excepción no está probada en el contexto del clima, pero teóricamente se encuentra disponible como una defensa.³⁷

Suponiendo que un país desea realizar una medida basada en el trato nacional de servicios, la pregunta de entrada es si la medida está cubierta por el *TLCAN*, el *GATS* o ambas. Como se señala más arriba, el *TLCAN* cubre las medidas que se relacionan con el suministro de energía entre fronteras,³⁸ mientras que el *GATS* aplica el trato nacional a las medidas que afectan el comercio en los sectores en los que Estados Unidos tiene un compromiso específico,³⁹ como en la distribución al mayoreo de productos (incluyendo los productos de petróleo)⁴⁰ y otros compromisos existentes y propuestos.⁴¹ En total, existe

³² Howse y van Bork (2006).

³³ *WTO Appellate Body Report* (1997, 30 de julio). *Canada-Certain Measures Concerning Periodicals* (Canada *Periodicals*). Doc. WT/DS31/AB/R; *WTO Appellate Body Report* (1997, 25 de septiembre). *European Communities- Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (EC-Bananas). Doc. WT/DS27/AB/R; Leroux (2007).

³⁴ Sin embargo, Venezuela no puede ser un socio dispuesto si el crudo de Canadá desplaza el crudo venezolano en el mercado de EU. Véase Lindsay Sword (2008, 18 de agosto), "U.S. Refinery Investments Align with Oil Sands Supplies to 2015", *Oil and Gas Journal*. Disponible en: <http://www.istockanalyst.com/article/viewiStockNews/articleid/2626911> (consultado 20 de mayo de 2009).

³⁵ *GATS* art. XIV.

³⁶ Comparar *GATS* art. XIV(b) con *NAFTA* art. 2101. *GATS* art. XIV(b) es similar al *GATT* art. XX(b).

³⁷ Véase Lisa Heinzerling (2008), "Climate Change, Human Health and the Post-Cautionary Principle", *Georgetown Law Journal*, 96, 445.

³⁸ *TLCAN* art. 602(1); *TLCAN* art. 1201(1).

³⁹ *TLCAN* art. 1201(1); *GATS* art. I:1, art. XVII:1.

⁴⁰ United States Revised Services Offer (2005). Doc. TN/S/O/USA/Rev.1 (4.B.CPC 622) (except wholesale trade of alcoholic beverages, firearms and military equipment) (no limitations on mode 1, cross-border supply). CPC 62271 covers "Wholesale trade services of solid, liquid and gaseous fuels and related products." U.N. Statistics Division (2009). *Detailed Structure and Explanatory Notes: CPCprov*. Consultado en mayo 20, 2009 from UN Statistics Division Web site: <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&>.

⁴¹ United States Revised Services Offer (2005), including the relevant sectors: *Commitment – Services incidental to energy distribution*: 1. Business Services, F. Other Business Services, (j) Ser-

un espectro razonable de cobertura bajo los capítulos de servicios tanto del *GATS* como del *TLCAN*.

Canadá podría utilizar estos capítulos para armar a nivel Estado su argumento de discriminación en contra de dos medidas. Un análisis completo excede el alcance de este documento, pero se pueden ilustrar dos lecciones. Primero, el alcance del conflicto de los servicios del *TLCAN* no es probable que sea sobre el objetivo del medio ambiente *per se*; sino, cómo es que los gobiernos cuentan las cosas como verdes o “qué tan verdes son”.⁴² Segundo, ni el *TLCAN* ni el *GATS* permiten que un país defienda un reclamo de servicios, con la excepción de recursos naturales que aplica al comercio de productos.

Petróleo de arenas de brea de Canadá

La producción canadiense de petróleo crudo de las arenas de brea de Alberta está proyectado a crecer 158 por ciento entre 2007 y 2015, de lo cual la mayoría será exportado a Estados Unidos.⁴³ La expansión de las exportaciones por encima de los niveles de 2007 requerirán de una inversión de 31,000 millones de dólares en nuevas tuberías, estaciones de mezclado y capacidad de refinerías, mucho de lo cual se cubriría entre Alberta y refinerías en Oklahoma y Texas.⁴⁴

Una parte de este incremento reducirá la dependencia en las fuentes “extranjeras”,⁴⁵ pero desafortunadamente, el crudo de las arenas de brea libera más gases invernadero (*GHG*) que el crudo convencional.⁴⁶ Desde 2004, las emisiones de *GHG* (Green House Gas) de la extracción de petróleo

vices incidental to energy distribution, 46 (no limitations on mode 1, cross-border supply) *Offer – Bulk storage of fuels*: 11. Transport Services, (Offer) H. Services Auxiliary to All modes of Transport, (b) Storage and warehouse services (except maritime transport services or services to which the Annex on Air Transport Services Applies) (CPC 742), 104 (no limitations on mode 1, cross-border supply). *Promise to commit to settle a WTO dispute – Bulk storage of fuels*: Joint letter of the United States and the European Communities pursuant to paragraph 5 of the Procedures for implementation of article XXI of the General Agreement on Trade in Services (2007, 17 de diciembre). Doc. S/L/80. *Offer-Pipeline transportation of fuels*: United States Revised Services Offer (2005). 11. Transport Services, (Offer) G(a) Pipeline transportation of fuels, 103 (no limitations on mode 1, cross-border supply).

⁴² Howse y van Bork (2006), p. 23

⁴³ La base de la producción de Alberta de betún (el producto pesado de extracción de arenas de alquitrán) fue de 1.2 millones de barriles por día en 2007, el aumento se proyecta en 3.1 millones de barriles por día en 2015. Espada (2008).

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Andrew Nikiforuk (2008), *Tar Sands: Dirty Oil and the Future of a Continent*, Vancouver; Greystone Books.

en Canadá se han incrementado en 57 por ciento, principalmente el crudo de las arenas de brea destinado para el mercado de Estados Unidos.⁴⁷

El gobierno de Canadá está haciendo presión política en contra de las medidas climáticas de Estados Unidos que pudieran restringir el porcentaje del mercado del crudo que posee Canadá. Esto incluye un *LCFS* (Low Carbon Fuel Standard – Estándar de Combustible Bajo en Carbono) federal y un ajuste fronterizo sobre el contenido de carbono de los productos.⁴⁸

El gobierno de Canadá⁴⁹ y Alberta⁵⁰ también se quejan de que California está desarrollando su *LCFS* a nivel Estado en una forma en que discrimina en contra del crudo de las arenas de brea. El *LCFS* de California (marzo 5, 2009) requiere de proveedores de combustible que cumplan con un estándar de intensidad de carbono.⁵¹ La medida para medir los productos de petróleo es una lista de revisión, que aplica al 98 por ciento de los combustibles vendidos en California en 2006, pero no incluye el crudo de las arenas de brea.⁵² Las cartas de Canadá se traducen en un argumento de trato nacional del *TLCAN* al tenor de lo siguiente:

⁴⁷ Environment Canada (2007), *Canada's 2007 Greenhouse Gas Inventory*, Consultado en mayo 20, 2009 from Environment Canada Web site: http://www.ec.gc.ca/pdb/ghg/inventory_report/2007/som-sum_eng.cfm.

⁴⁸ Sheldon Alberts (2009, May 14), "U.S. Climate bill would be 'disaster'", Canwest News Service. Disponible en <http://www.nationalpost.com/story-printer.html?id=1593753> (consultado 20 de mayo de 2009). Véase la relatoría de la discusión Waxman-Markey, "American Clean Energy and Security Act of 2009" (2009, 31 de marzo), "Low carbon fuel standard", Liz Barratt-Brown (2009, May 15), "Waxman-Markey bill ups the ante on tar sands and other dirty energy", nrdc Switchboard. Disponible en: http://switchboard.nrdc.org/blogs/lizbb/waxmanmarkey_bill_ups_the_ante.html (consultado 20 de mayo de 2009) ("a pesar de que una disposición clave que aborda el carbono en los combustibles [a lcfcs federal] fue removido bajo intensa presión de los intereses de aceite sucio, la cabeza empezará a hacer los ganadores de las empresas productoras de combustibles limpios y los perdedores de las empresas productoras de combustibles sucios, como la franja de arenas de alquitrán de petróleo minadas y las perforaciones en el corazón de los bosques boreales de Canadá"); Susan Casey-Lefkowitz (2009, 14 de mayo), "Tars sands makes a trade bully of Canada", nrdc Switchboard. Disponible en http://switchboard.nrdc.org/blogs/sclefkowitz/tar_sands_makes_a_trade_bully.html (consultado 20 de mayo de 2009).

⁴⁹ Carta de Kevin Stringer, Director General de Recursos Petroleros Subdivisión de Recursos Naturales de Canadá, a la California Air Resources Board (2009, 4 de marzo) (Natural Resources Canada letter).

⁵⁰ Carta de Alberta Energy, Christopher J. Holley, Branch Head of Research & Technology, a California Air Resources Board (2009, 13 de febrero) (Alberta Energy letter).

⁵¹ Para la gasolina, el estándar de la intensidad de carbono empieza a 95.61 gramos de dióxido de carbono por unidad de energía en 2010 y luego disminuye en un 10 por ciento más de 10 años. California Air Resources Board (carb) (2009, 5 de marzo). carb, el Reglamento propone aplicar el estándar de combustible bajo en carbono, vol. I, subcapítulo 10, art. 4, inciso 7, § 95482 (b), Tabla 1 (Propuesta lcfcs); audiencia pública para considerar la adopción de una propuesta de Reglamento para la aplicación del estándar de combustible bajo en carbono, modificaciones sugeridas del Personal de la propuesta original, modificaciones a la sección 95.486 (2009, 23 de abril). Anexo B, Tabla de consulta IV-20.

⁵² *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(b) Method 1 – *CARB* Lookup Table.

Servicio igualitario. El *TLCAN* requiere que California le dé a los proveedores canadienses un trato que no sea menos favorable del que le da, “en circunstancias similares”, a los proveedores de California o de otra parte en Estados Unidos. Para retar a los *LCFS*, Canadá tendría que establecer la “igualdad” de sus proveedores antes de que pudiera afirmar que se les estaba tratando de manera menos favorable. Al menos en la superficie, la regla del *LCFS* trata a los nuevos proveedores de manera distinta sólo porque la forma en que se genera su producto es más “carbonointensiva” (es decir, no es compatible) que el promedio de California. Ese promedio de California estuvo basado en distintas fuentes de crudo que se consumió en 2006, incluyendo crudo pesado del estado de California.⁵³

Canadá aún tiene que presentar un argumento de servicios bajo el *TLCAN*; sin embargo, ha subrayado hechos que apoyan un argumento de que la distribución de crudo de arenas de brea es un servicio similar comparable con la distribución de crudo pesado dentro de la mezcla de California de 2006.⁵⁴ Los distribuidores mezclan el petróleo de muchas fuentes, y las fuentes de petróleo crudo varían en intensidad de carbono.⁵⁵ Alberta ha comisionado un estudio para probar que la intensidad de carbono “de petróleos crudos convencionales, domésticos e importados, es importante y en algunos casos comparable con el petróleo pesado y crudo derivado de las arenas”.⁵⁶ En otras palabras, es muy probable que Canadá argumente que la distribución de crudo de arenas de brea sea “similar” a la distribución de crudo dentro del estándar básico de California con respecto al proceso de extracción y la intensidad de carbono.

Trato menos favorable. Canadá afirma que la *LCFS* de California tratará a los proveedores de crudo de arenas de brea menos favorablemente. Sus proveedores tendrán que calcular su intensidad de carbono única,⁵⁷ lo que requerirá una nueva forma de llevar un registro detallado incluyendo los cambios en la cadena de supervisión del suministro.⁵⁸ Ya que su petróleo es más intenso en carbono que el promedio del 2006, también tendrán que tomar medidas tales como apropiación de carbono para que sea posible venderlo en el mercado californiano (o en cualquier otro estado que adopte un estándar

⁵³ *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(a)(2)(A)(1).

⁵⁴ Townsend (2004).

⁵⁵ Natural Resources Canada letter; Alberta Energy letter.

⁵⁶ Carta de Energía de Alberta, p. 2.

⁵⁷ *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(a) (2) (A) (2).

⁵⁸ Natural Resources Canada, carta; Carta de Energía de Alberta.

de combustible similar).⁵⁹ Los proveedores en California pueden usar el promedio base como su medida de intensidad de carbono, pero Canadá afirma que una parte del crudo de California es similar o más alto que el de las emisiones *GHG* de las arenas de brea.⁶⁰ Canadá no ha presentado evidencias de que el crudo pesado de California sea tan intensivo en carbono como el crudo de las arenas de brea; sin embargo, el reporte de *LCFS* de California reconoce que 16 por ciento del petróleo base de California vino de las fuentes que requieren de extracción por vapor,⁶¹ como lo hace el petróleo de arenas de brea. En resumen, Canadá puede probar que el *LCFS* a nivel Estado le da al petróleo sucio de California una ventaja sobre el petróleo sucio de Alberta.⁶²

Al considerar el trato menos favorable, el panel del *TLCAN* en transporte de camiones entre fronteras razonó que un trato diferenciado se justifica siempre y cuando no sea más restrictivo en el comercio de lo necesario para lograr un propósito de regulación no discriminatorio.⁶³ La prueba de necesidad del panel del *TLCAN* para las regulaciones para el transporte de camiones suena como las excepciones (medidas necesarias para proteger la moral pública, salud humana, etcétera) que el tratado no provee para los servicios. Eric Leroux señala que el acercamiento del panel es “sorprendente y parece injustificado y en conflicto” con las excepciones del *TLCAN*.⁶⁴

Sin embargo, aún sin referencia para una excepción general, varias decisiones del *GATT* reconocen que un propósito reglamentario legítimo puede justificar trato diferenciado de productos similares que compiten unos con otros (por ejemplo, asbestos *vs* aislante libre de asbestos).⁶⁵ En otras pala-

⁵⁹ *CARB*, Proposed *LCFS*, § 95486(a) (2) (A) (2), Para todos los carbob gasolina o diesel, incluyendo los derivados de alta intensidad de carbono de Petróleo Crudo.

⁶⁰ Carta de la Ministra de Recursos Naturales, Lisa Raitt, al gobernador Arnold Schwarzenegger (2009, 21 de abril) (“...el petróleo crudo derivado de las arenas petrolíferas de Canadá puede ser objeto de discriminación como un aceite de alta CI crudo, mientras que los aceites con otros similares de emisiones a nivel institucional no son seleccionados. Esto podría ser percibido como la creación de una barrera comercial injusta...”).

⁶¹ *CARB*, Proyecto de *LCFS*, Staff Report: IV-6 (Cuadro IV-3, Senderos de combustible completo para uso en la *LCFS*, combustible vía descripción de la vía, California blendstock de la gasolina reformulada para mezcla de oxígeno (carbob): 1 vía media basada en la promedio de petróleo crudo utilizado en las refinerías de California), http://www.arb.ca.gov/fuels/lcfs/022709lcfs_carbob.pdf; Staff Report: IV-13 (“El crudo se recuperó en las cantidades de California a aproximadamente el 40 por ciento de todo el crudo entregado a California en 2006. Del crudo producido en California, el 40 por ciento superior requiere de métodos para recuperar el crudo y requiere la generación de vapor para el proceso. Por lo tanto, el uso de energía es mayor en comparación con la extracción primaria”).

⁶² *Ibid.*; Carta de Energía de Alberta.

⁶³ *NAFTA* Panel – *Cross-Border Trucking*.

⁶⁴ Leroux (2007), p. 784.

⁶⁵ Chamovitz, Steve (2007), “The *WTO*’s Environmental Progress”, *Journal of International Economic Law*, 10, 285.

bras, el *GATT* permite que los gobiernos traten a los productos de forma diferenciada si uno presenta una amenaza que el otro no presenta, aún si son similares en términos de uso comercial.

Natural Resources Canadá (Recursos Naturales de Canadá) no disputa la legitimidad del objetivo reglamentario de California. En vez de eso, ofrece alternativas para el tratamiento *LCFS* de petróleo de arenas de brea como un caso especial: ya sea asignar a todo el petróleo crudo la misma intensidad de carbono o tratar a cada proceso de acuerdo con sus propios méritos.⁶⁶ Alberta afirma que seis alternativas adicionales cumplirán con los objetivos de California.⁶⁷

Excepción. Si Canadá tiene éxito en dar un trato menos favorable, entonces Estados Unidos no sería capaz de invocar la excepción de servicios exclusivos para las medidas necesarias para el cumplimiento de una medida consistente del *TLCAN*. La medida que está siendo defendida debe hacer valer otra ley, no a sí misma. El *LCFS* de California está autorizado por la legislación estatal, pero no refuerza alguna otra medida consistente del *TLCAN*, como lo requiere la excepción.⁶⁸ Además, la medida no cumple con el consistente de la prueba del tratado si es el objeto de la disputa del *TLCAN*.⁶⁹

Existe un artículo más del *TLCAN* acerca de las excepciones que merecen ser mencionadas, ya que son controversiales en Canadá. Una coalición de abogados del medio ambiente está solicitando al gobierno canadiense que ponga una prohibición en la extracción de petróleo de arenas de brea y que detenga las exportaciones al mercado de Estados Unidos.⁷⁰ El artículo 605 del *TLCAN* dice que las partes del tratado no pueden usar la excepción del *GATT* para conservar los recursos naturales no renovables –artículo XX(g)– para defender una medida que reduce las exportaciones o que cambie la proporción de exportación entre “los productos específicos de energía” (por ejemplo, bitu-

⁶⁶ Natural Resources Canada, carta, p. 2, ¶1.

⁶⁷ Carta de Energía de Alberta.

⁶⁸ *TLCAN* art. 2101(1)-(2).

⁶⁹ Véase Panel *TLCAN-Cross-Border Trucking*, ¶ 269.

⁷⁰ Una coalición de organizaciones de Canadá está realizando una campaña para modificar el *TLCAN* para eliminar el art. 605. La coalición incluye: Canadian Centre for Policy Alternatives, Congreso Canadiense del Trabajo, Unión Canadiense de Trabajadores de Correos, Comunicaciones, Energía y el Papel, el Consejo de Canadienses, Le collectif national methanier au parada, *KAIROS*-Canadian Ecumenical Justice Initiatives, Parkland Instituto Polaris Instituto y el Instituto Rideau. Polaris Institute (2008). *A Message to Canada's Political Leaders: Stop Ducking Obama's NAFTA Challenge*. Consultado el 20 de mayo de 2009 de Polaris Institute Web site: http://www.polarisinsitute.org/a_message_to_canada_s_political_leaders_stop_ducking_obamas_nafta_challenge.

men de arenas de brea *vs* crudo convencional).⁷¹ Conocido como la regla de “proporcionalidad”, el artículo 605 básicamente dice que Canadá no puede tratar de limitar las exportaciones de petróleo de arenas de brea y entonces usar la excepción para conservar los recursos para defenderse a sí misma en una disputa de comercio subsecuente en caso de que Estados Unidos dispute la medida. Conforme la industria de arenas de brea construye su infraestructura para una expansión de exportaciones de bitumen, el artículo 605 podría ser una restricción para la política federal ambiental de Canadá.⁷² Esto desactiva la excepción del *TLCAN* para el comercio de productos, pero no cambia el escenario para una disputa de servicios, simplemente porque no existe una excepción para desactivarla.

Para resumir, un panel del *TLCAN* puede reconocer que el *LCFS* de California sirve a un propósito reglamentario legítimo. Sin embargo, el artículo XX aplicaría un examen de “necesidad” para algunas excepciones en el *GATT* y el artículo XIV en el *GATS*. La *necesidad* es una excepción de mayor exigencia que la de medidas que se relacionan con la conservación de recursos no renovables. Esto significa que el *LCFS* de California se enfrentaría a una carga de prueba si Estados Unidos tuviera que defender una disputa de servicios del *TLCAN* comparable para productos de energía bajo una cláusula del *GATS* o del *TLCAN*.

Electricidad renovable de Canadá. Estados Unidos también es cliente de Canadá para la distribución de electricidad entre fronteras, 96 por ciento de la cual viene de grandes represas (mayores a los 30 megawatts).⁷³ Sin embargo, el

⁷¹ *TLCAN* art. 605 lecturas como una excepción a una excepción: “...una Parte podrá adoptar o mantener restricciones que estarían justificadas en virtud del artículo XI: 2 (a) o XX (g), (i) o (j) del *GATT* respecto a la exportación de una energía o petroquímicos básicos en el territorio de otra Parte, sólo si: (a) la restricción no reduce la proporción de los envíos totales de exportación de la energía específica o petroquímicos básicos a disposición de esa otra Parte en relación con [el](...) más reciente periodo de 36 meses para los que se dispone de datos(...) y (c) la restricción no requiere la interrupción de los canales normales de suministro(...) o las proporciones normales entre energía específica o de bienes petroquímicos básicos(...) como, por ejemplo, entre petróleo crudo y productos refinados y entre las diferentes categorías de petróleo crudo y de productos refinados.

⁷² Sin embargo, en el escenario para un reto de la política de gobierno de Estados Unidos el clima de Canadá es poco probable. Lo más probable es que los inversionistas de Canadá o Estados Unidos utilicen el capítulo 11 del *TLCAN* para impugnar la política climática en cualquier país que limita significativamente la carga o imponga requisitos de desempeño sobre el comercio de aceite de arenas bituminosas. En general, véase Laxer, Gordon and John Dillon (2008), “Over a Barrel: Exiting from *NAFTA*’s Proportionality Clause”, *Parkland Institute and Canadian Centre for Policy Alternatives*. Disponible en <http://www.ualberta.ca/PARKLAND/research/studies/OverABarel.pdf>.

⁷³ Department of Foreign Affairs and International Trade (*DFAIT*) (2007), *Canada’s International Market Access Report - Renewable Energy*. Disponible en <http://www.international.gc.ca/as->

uso de una gran cantidad de hidroelectricidad está excluida por los Estándares del Portafolio Renovable (*RPS*), que han sido adoptados por 28 Estados como una forma de estimular el desarrollo de recursos renovables. *RPS* obliga a las utilidades que compren un creciente porcentaje de su electricidad de fuentes renovables, incluyendo viento, solar, geotérmica, biomasa e hidroeléctrica en baja escala (menos de 30 megawatts).⁷⁴ El ministerio de comercio de Canadá argumenta que las leyes de *RPS* niegan un trato nacional.⁷⁵

Servicio igualitario. Canadá argumenta que la hidroelectricidad a gran escala es comparable con fuentes renovables similares que las leyes *RPS* favorecen. Existe un debate de mucho tiempo acerca de si la energía renovable y la no renovable son productos similares.⁷⁶ Sin embargo, es muy probable que una disputa canadiense de *RPS* provocara la comparación entre dos proveedores de servicios renovables; uno está incluido (hidroelectricidad en menor escala) y otro no (hidroelectricidad a gran escala).⁷⁷ En su defensa, Estados Unidos argumentaría que la hidroelectricidad a gran escala está excluida, ya que bloquea la migración del salmón, causa sedimentación, concentración de toxinas y, en algunos contextos boreales, incremento en emisiones *GHG*.⁷⁸

Trato menos favorable. Las leyes del *RPS* dan un trato menos favorable a la hidroelectricidad al excluirla del programa en su totalidad. En defensa de los programas *RPS*, éstos tratan a la hidroelectricidad de Estados Unidos igual que a la hidroelectricidad canadiense. Un panel del *TLCAN* puede aceptar el objetivo de proteger el hábitat del salmón, pero no aceptar la aplicación extraterritorial de ese objetivo.⁷⁹

sets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/ itc_marketaccess_eng_final.pdf (Revisado 20 de mayo, 2009).

⁷⁴Energy Efficiency and Renewable Energy (2007), *States with Renewable Portfolio Standards*. Consultado en mayo 20, 2009 from Department of Energy Web site: http://www.eere.energy.gov/states/maps/renewable_portfolio_states.cfm.

⁷⁵*DEAIT* (2007); *NAFTA* arts. 602:1 y 1205.

⁷⁶Howse y Bork (2006). También véase Hempling, Scott and Nancy Rader (2002), "Comments of the Union of Concerned Scientists to the Commission for Environmental Cooperation In response to its *NAFTA* Provisions and the Electricity Sector, Background Paper to its October 22, 2001, Working Paper Entitled "Environmental Challenges and Opportunities of the Evolving North American Electricity Market", Washington, DC.

⁷⁷Howse y van Bork (2006).

⁷⁸World Commission on Dams (2001), "Dams and Development: A New Framework for Decision-Making", *The Report of the World Commission on Dams*, London, Earthscan Publications Ltd.

⁷⁹Howse y van Bork (2006).

Excepción. Si Canadá presenta el argumento de trato nacional, Estados Unidos no sería capaz de invocar una excepción. Los programas *RPS* no hacen cumplir otra medida consistente con el *TLCAN*, como lo requiere la excepción.⁸⁰

Principios generales y metas para la reforma

Esta breve revisión muestra que el *TLCAN* retiene el poder de restringir las políticas públicas en los sectores de servicio distintos al transporte en camiones, notablemente el suministro entre fronteras de combustibles de transporte y electricidad.

El principio general para la reforma es preservar el espacio de política, especialmente para las medidas que evolucionan más allá del *statu quo* de 1994, cuando el *TLCAN* entro en vigor. Específicamente, el *TLCAN* no provee excepciones paralelas (comparado con los productos) para las medidas que se relacionan con los servicios entre fronteras. En ausencia de excepciones paralelas, una disputa de comercio basada en los capítulos de servicios puede minar las excepciones para las medidas que regulan los productos.

Instrumentos para la reforma

La ausencia de excepciones de salud o recursos para los capítulos de servicios del *TLCAN* es un problema estructural; requeriría de renegociación del *TLCAN* en uno de estos formatos:

- Excepciones para el comercio en los servicios. Para las medidas que regulan los servicios, el *TLCAN* podría proveer las excepciones que son paralelas a las que provee para el comercio en productos de acuerdo con el artículo XX del *GATT*, incluyendo las medidas necesarias para proteger la moral pública, la vida y la salud, y conservación de recursos no renovables.
- Exclusión de medidas de acuerdo con el Anexo II. Estados Unidos no se negó la oportunidad de excluir (o reservar) energía a futuro, medidas del medio ambiente o del clima en el Anexo II. No es un accidente que las medidas de energía que dan lugar a la controversia del *TLCAN* surjan de políticas nuevas y experimentales a nivel estatal. En 1993, los negociadores del *TLCAN* no completaron la estructura de exclusiones

⁸⁰ *NAFTA* art. 2101(1)-(2).

que el *PROFESO* autoriza para las medidas estatales y provinciales a futuro. Al ser confrontados con la resistencia política de algunas de las provincias y demasiadas exclusiones propuestas de algunos estados, los negociadores simplemente se dieron por vencidos.⁸¹ Además, adicionalmente a las medidas estatales y provinciales, en el *postTLCAN*, el programa de Estados Unidos para el Anexo II produce medidas de cobertura por reglas de acceso al mercado, al grado que la medida no está cubierta por el programa de Estados Unidos de compromisos del *GATS*.⁸² Esas medidas pueden ser ampliadas de forma que plantearían: “Estados Unidos se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que sea consistente con las obligaciones de Estados Unidos bajo el Tratado General sobre el Comercio en Servicios”. Este lenguaje más amplio sincronizaría al *TLCAN* y al *GATS* con respecto a un trato nacional.

Otra forma de negociar una excepción es agregando un acuerdo sobre el medio ambiente al Anexo 104.1. Sin embargo, la excepción estaría limitada por un examen de necesidad que requiere medidas de aplicación como la alternativa menos restrictiva.⁸³ Por otro lado, la regla de proporcionalidad del *TLCAN* de acuerdo con el artículo 605 no aplicaría a las medidas que hacen valer un acuerdo del medio ambiente.⁸⁴

La última opción muestra qué tan miope es el *TLCAN*: en su inicio en 1994, el tratado buscaba preservar espacio en la política para instrumentar los acuerdos del medio ambiente más prominentes del día. Ni la Convención sobre Estructura de la *ONU* sobre el Cambio Climático ni el Protocolo de Kyoto existían cuando el *TLCAN* fue escrito en 1994.

⁸¹ *Inside U.S. Trade* (1996); Schaefer (1997); McIlroy (1997).

⁸² La exclusión se lee: “Los Estados Unidos se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea incompatible con las obligaciones de Estados Unidos en virtud del artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios”. Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (*USTR*). Perú *TPA* Texto Final. Consultado el 9 de agosto de 2009, de *USTR* Web site: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text, Annex II, U.S. Schedule>.

⁸³ Para una interpretación restrictiva de la excepción del *TLCAN* en que figuran los acuerdos ambientales en el contexto de una controversia en materia de inversión bajo el capítulo 11, véase el *SD Myers*, ¶¶ 210-215, 298 (derechos de los inversores de Canadá para el tratamiento de residuos peligrosos (*PCB*) en Canadá, aunque el Convenio de Basilea insta a los países para evitar el traslado transfronterizo de residuos peligrosos).

⁸⁴ *TLCAN* art. 104 provee de una excepción para medidas necesarias para los acuerdos ambientales; *TLCAN* art. 605 turns off exceptions under *GATT* arts. XX and XI, but not measures excepted under art. 104.

El *TLCAN* provee mecanismos para preservar el espacio político al generar nuevos acuerdos y pólizas sobre el medio ambiente conforme van surgiendo. Pero la lección del *TLCAN* es que para cuando surge una nueva política, las líneas de conflicto para el comercio ya están trazadas. La lección realista es *arreglar* las fallas del *TLCAN* (palabras de Obama como candidato) al no repetir las en futuros tratados.⁸⁵

Tratados de comercio a futuro deben tratar los productos y servicios como los sectores paralelos que son, con excepciones paralelas para los objetivos de política legítimos. Estados Unidos también debe aprender de sus vecinos y crear sectores donde la política requiera de experimentos para evolucionar.

⁸⁵ Ohio Conference on Fair Trade (2008).

Este capítulo proviene de un informe del Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Ranger Future en la Universidad de Boston, Estados Unidos. Para más información sobre el proyecto, y para bajar el informe entero, visita

http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/pardee.html.

Cita recomendada:

El Futuro de la Política de Comercio en America del Norte: Lecciones del TLCAN, Kevin P. Gallagher, Enrique Dussel Peters, and Timothy A. Wise (eds.), Pardee Center Task Force Report, Universidad Autónoma de Zacatecas, Global Development and Environment Institute, Boston University Frederick S. Pardee Center, and Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

URL: http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/pardee.html

Este capítulo proviene de un informe del Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Ranger Future en la Universidad de Boston, Estados Unidos. Para más información sobre el proyecto, y para bajar el informe entero, visita

http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/pardee.html.

Cita recomendada:

El Futuro de la Política de Comercio en America del Norte: Lecciones del TLCAN, Kevin P. Gallagher, Enrique Dussel Peters, and Timothy A. Wise (eds.), Pardee Center Task Force Report, Universidad Autónoma de Zacatecas, Global Development and Environment Institute, Boston University Frederick S. Pardee Center, and Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

URL: http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/pardee.html