

El Capítulo 11 del TLCAN y el medio ambiente

**Documento de discusión para el taller público del Comité Consultivo Público
Conjunto de la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del
Norte**

24 de marzo de 2003

México, D.F.

Aaron Cosbey
Asociado y asesor principal
Comercio e Inversiones
Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable
<http://www.iisd.org/trade>
acosbey@iisd.ca

Contenido

1.	Introducción	7
2.	Las disposiciones sustantivas	7
2.1.	Expropiación	8
2.2.	Trato nacional	9
2.3.	Trato de nación más favorecida	10
2.4.	Requisitos de desempeño	11
2.5.	Nivel mínimo de trato	12
2.6.	Conclusiones	13
3.	Las cuestiones de procedimiento: legitimidad, rendición de cuentas y transparencia del proceso de arbitraje	14
4.	Soluciones posibles	16
4.1.	Notas interpretativas	17
4.2.	Una excepción en materia de salud ambiental y seguridad en el Capítulo 11	18
4.3.	Modificación del Capítulo 11	20
5.	Recomendaciones para la CCA	20

1. Introducción

Este documento explica de manera resumida las implicaciones ambientales del Capítulo 11 del TLCAN. El Capítulo, cuyo objetivo es crear un régimen que proteja a los inversionistas extranjeros acogidos al TLCAN en los tres países miembros, ha sido objeto en los últimos años de numerosas críticas de las comunidades que trabajan en favor del medio ambiente y la justicia social.

El documento comienza con la descripción de cinco disposiciones sustantivas esenciales del Capítulo 11 —obligaciones que los países miembros han aceptado en cuanto al trato que deben dar a los inversionistas de las otras Partes del TLCAN. En cada caso, analiza las preocupaciones expresadas respecto del impacto ambiental que podrían implicar las disposiciones, con base en los (relativamente pocos) casos hasta la fecha.

Sigue con el análisis de las preocupaciones respecto del proceso de solución de controversias previsto en el Capítulo 11, con énfasis en la carencia de las características de legitimidad, rendición de cuentas y transparencia.

A la luz del análisis anterior, este documento examina varias opciones propuestas para resolver las fallas del Capítulo 11: excepciones ambientales, sanitarias y de seguridad; notas interpretativas y modificaciones al TLCAN.

Por último, el documento presenta una serie de recomendaciones a la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) sobre su posible participación en las iniciativas dirigidas a resolver los problemas identificados.

2. Las disposiciones sustantivas

El Capítulo 11 del TLCAN contiene una serie de disposiciones que obligan al país receptor a conceder cierto tipo de trato a las inversiones de sus socios del TLCAN. Dichas disposiciones incluyen:

- Protección contra la expropiación directa o indirecta (Artículo 1110)
- Obligaciones de trato nacional (Artículo 1102)
- Obligaciones de nación más favorecida (Artículo 1103)
- Prohibición de requisitos de desempeño (Artículo 1106)
- Obligaciones sobre niveles mínimos de normas de trato internacional (Artículo 1105)

Estas y otras disposiciones del Capítulo 11 entrañan un acuerdo entre los gobiernos de los países miembros del TLCAN sobre lo que constituye un trato justo a los inversionistas de los otros socios del TLCAN. Más adelante se examina en detalle cada una de estas disposiciones, pero a modo de antecedente vale la pena ampliar primero la información sobre el *alcance y la cobertura* de las obligaciones. Es decir, estas disposiciones restringen el tipo de medidas que pueden imponerse a las inversiones. A fin de comprender cabalmente el impacto de las disposiciones, es necesario entender primero cómo se definen en el TLCAN las medidas y las inversiones.

Según varios analistas, las definiciones son excepcionalmente amplias. Las medidas en términos del Capítulo 11 incluyen “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, lo que cubre la mayoría de los actos de gobierno que es posible concebir (en todos los ámbitos de gobierno, desde el federal hasta el municipal), desde la elaboración de leyes hasta códigos de zonificación, e incluso las acciones de los tribunales.

La definición de inversión también es muy amplia e incluye todo: desde una empresa hasta una garantía crediticia o un préstamo a una empresa. El tenedor de un bono de una empresa multinacional se convierte en un inversionista que dispone de todos los derechos abajo mencionados. Esta definición se amplió debido a diversos fallos que han acordado definir la *participación en el mercado* de una compañía como una inversión que requiere protección. De esa manera, cuando la participación de *Pope & Talbot* en el mercado estadounidense disminuyó como resultado de una política gubernamental canadiense, la empresa se hizo acreedora a una compensación.¹ Ciertamente, este enfoque coloca toda la gama de medidas *comerciales* en el ámbito de las disposiciones del TLCAN sobre la legislación en materia de *inversión*, en la medida en que la mayor parte de las disposiciones comerciales afectarán la participación en el mercado. Con ello se amplía considerablemente el alcance de estas disposiciones y se abre un acceso al proceso directo inversionista-Estado (mencionado más adelante) mayor que el que pudiera haberse previsto.

2.1. Expropiación

El Artículo 1110 estipula que toda expropiación deberá ser:

- a) Por causa de utilidad pública
- b) No discriminatoria (es decir, que no se aplique a una empresa o nacionalidad específicas)
- c) Con apego al debido proceso de legalidad
- d) Con indemnización por parte del gobierno expropiante.

Asimismo, sus estructuras cubren la expropiación tanto directa como indirecta pero, lo que es más importante, no define estos términos. Esto no es tan problemático en el primer caso; la expropiación directa —la incautación física o la nacionalización de una empresa— es fácil de reconocer, y se dispone de un importante cuerpo de leyes internacionales que instruyen a los árbitros sobre la forma de resolverla.

Pero la expropiación indirecta es mucho más compleja. Conocida también como expropiación furtiva, o disfrazada, la expropiación indirecta es la incautación de una inversión valiéndose de reglamentos o de otras medidas que producen más o menos el mismo efecto que la expropiación directa.² Más que nacionalizar una inversión de manera abierta, por ejemplo, un país podría reemplazar a todos los gerentes con personas designadas, o prohibirle importar y exportar con la

¹ O, para mayor precisión, el panel falló que *Pope & Talbot* *habría* tenido derecho a compensación de haber podido demostrar que sufrió un daño suficientemente grande, pero no fue así.

² El Artículo 1110 también se refiere a medidas “equivalentes a” la expropiación. El consenso a la fecha es que esto equivale a la expropiación indirecta.

intención de hacerla quebrar. En el caso de este tipo de expropiación hay poca coincidencia en las definiciones y en la forma en que puede recurrirse a la jurisprudencia como guía.

La cuestión clave en el contexto del TLCAN es la siguiente: si el gobierno de un país miembro del TLCAN toma una medida claramente orientada a la protección del bienestar público (como salud y seguridad, medio ambiente, orden público, etc.) y es no discriminatoria, pero provoca daños al inversionista extranjero, ¿en qué circunstancias puede considerarse que la medida es una expropiación indirecta por la que el gobierno debe pagar una indemnización? La preocupación salta a la vista: la mayoría de las personas estaría de acuerdo en que los contribuyentes no debieran estar pagando a inversionistas por modificar conductas que son contrarias al interés público. Una segunda preocupación es que los reguladores del medio ambiente, a los que se responsabilizará del impacto que causen a los inversionistas, no ejerzan sus funciones en la medida en que debieran hacerlo (el argumento del *congelamiento regulatorio*).

¿Qué podría disipar estas preocupaciones? Lo primero y más evidente: una declaración que establezca inequívocamente que los reglamentos no constituyen una medida de expropiación. Si eso no es posible, podríamos recurrir a algún tipo de definición que exima a los reglamentos de bienestar social *bona fide* de lo previsto en el Artículo 1110. Esto necesariamente implicaría definir los reglamentos “intocables”, o por lo menos brindar asesoría respecto de sus características. Y si eso no es posible, podríamos esperar ver por lo menos algún indicio de que los tribunales están analizando el objeto de los reglamentos y no tan sólo la medida en que afectan a los inversionistas. Tal análisis se acercaría finalmente a una determinación caso por caso de cuáles reglamentos deben estar exentos, presumiblemente sobre la base de sus *bona fides* y de sus objetivos de bienestar social.

Por el momento no podemos esperar nada de eso. Todos los tribunales que analizaron el asunto han sostenido que los reglamentos pueden en efecto constituir una expropiación. Ni en los reglamentos actuales ni en el texto del TLCAN encontramos intento alguno de “eliminar” los reglamentos de bienestar social *bona fide*. Y si bien es muy prematuro afirmar cómo habrá de desarrollarse la jurisprudencia, los reglamentos vigentes se centran exclusivamente en el alcance del impacto (en decidir si fue suficientemente grande como para constituir la expropiación) y no en el propósito de las medidas contenciosas.³ El fallo del tribunal sobre *Metalclad*, por ejemplo, fue el siguiente: “El tribunal no necesita decidir ni analizar la motivación o la intención de la adopción del Decreto Ecológico”.

2.2. Trato nacional

El Artículo 1102 obliga a las Partes a “otorgar a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas”. La principal causa de preocupación en este caso es la dificultad para definir si las circunstancias son “similares”. Es claro que el texto no significa “idénticas”, pero tampoco ofrece orientación alguna respecto de cómo se habrá de determinar si las circunstancias son suficientemente similares para enmarcarse en esta obligación.

³ Quizás se requiera un buen tiempo para desarrollar esa jurisdicción (si es que se desarrolla). Los fallos de los tribunales de Capítulo 11 no tienen ningún efecto como precedente sobre los fallos de paneles futuros, aunque sí tendrán cierta influencia.

Por ejemplo, si varias empresas ya están contaminando al nivel máximo permitido en cierto ecosistema, negar un permiso a un inversionista extranjero para abrir otra planta en el mismo sitio ¿equivaldría al incumplimiento de la cláusula de trato nacional? Sin duda, el inversionista extranjero no está recibiendo el mismo trato que las empresas nacionales.

Hay poco consuelo en algunos de los reglamentos vigentes. En una argumentación particularmente complicada, el tribunal del caso *S.D. Meyers* resolvió que un procesador canadiense de desechos peligrosos estaba en circunstancias similares a las de una oficina comercial canadiense establecida por el inversionista estadounidense con el propósito de servir como intermediario en la exportación de desechos peligrosos. Una vez establecido lo anterior, fue sencillo demostrar que una prohibición a las exportaciones de desechos peligrosos concedía un trato muy diferente a los dos, aunque para ambos era igualmente vinculatoria.

El tribunal en el caso *Pope & Talbot*, por otro lado, esgrimió un razonamiento más esperanzador respecto de la aplicación racional de las obligaciones de trato nacional. *Pope & Talbot*, compañía estadounidense de productos silvícolas con operaciones en la provincia canadiense de Columbia Británica, argumentó estar en circunstancias similares a los productores de las provincias no restringidas por las cuotas del acuerdo sobre madera blanda de aserradero entre Canadá y Estados Unidos. El tribunal rechazó estos argumentos haciendo notar que el trato diferencial guardaba una “relación razonable con políticas racionales no motivada por una preferencia hacia las inversiones nacionales por encima de las inversiones extranjeras”. Éste es un signo bienvenido de deferencia a la autoridad gubernamental en cuanto a equilibrar las muchas prioridades en pugna de la política pública.

2.3. Trato de nación más favorecida

El Artículo 1103 estipula que las Partes otorgarán a las inversiones de inversionistas de otra Parte un “trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte”. En otras palabras, todas las Partes del TLCAN serán naciones “más favorecidas”.

Existe, desde luego, el mismo problema que en el artículo 1102: ¿cuáles son circunstancias similares? Pero hay otra preocupación que podrá tener mucha más importancia.

El artículo 1102 quizás represente una vía para incorporar al TLCAN el trato más favorable encontrado en ninguno de los tratados bilaterales suscritos por la parte demandada en una controversia. Es decir, si una Parte se obliga al amparo del TLCAN a brindar un cierto grado de protección, pero se estipula uno más alto en un tratado suscrito por esa Parte con un país no miembro del TLCAN, ¿la obligación de nación más favorecida significa que prevalece el grado más alto? El siguiente ejemplo ilustra la fuerza de esta posibilidad. Estados Unidos y Zaire tienen un tratado bilateral de inversión que establece un umbral muy bajo para determinar la expropiación regulatoria, toda vez que brinda protección contra cualquier medida que ocasione “el detrimento de la gestión, del control o del valor económico de [la inversión]”. Podría

argumentarse que esa disposición sería inaceptable para las Partes del TLCAN,⁴ y también podría argumentarse que posiblemente no formaba parte del convenio que creían estar firmando. Suponer algo diferente es como pensar que las Partes desperdiciaron su tiempo en la redacción de disposiciones distintas al Artículo 1103 (con excepción, desde luego, de disposiciones que ofrezcan mayor protección que la estipulada en cualquiera de los cien tratados bilaterales de inversión existentes).

Esta posibilidad es una preocupación concreta. Por lo menos en una controversia en torno a un tratado bilateral de inversión (*Maffezini contra el Reino de España*)⁵ se falló en favor de aplicar de esa manera las disposiciones de nación más favorecida del Tratado. Para no ir más lejos, por lo menos dos demandantes que invocaron el Capítulo 11 han alegado que la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN en 2001 (analizada en la Sección 3.1), sobre el nivel mínimo de trato internacional, carece de valor toda vez que existe un nivel de trato más alto en varios tratados bilaterales de inversión y que el Artículo 1103 obliga a las Partes a conceder un nivel de trato más alto. En el caso de la empresa *ADF*, se rechazó el argumento porque los artículos 1102 y 1103 no se aplican en casos de adquisiciones gubernamentales, como lo es éste.

Pero el argumento se aceptó en el caso *Pope & Talbot*, aunque el tribunal no consideró necesario emitir un fallo al respecto: “La opinión del tribunal es bien conocida: la interpretación de la Comisión, en virtud del Artículo 1103, produciría el resultado absurdo de negar la protección al amparo del Artículo 1105, pero de restablecerla al amparo del 1103”.⁶ El tribunal argumenta en este caso que la nota interpretativa de la Comisión produce un resultado absurdo, *con base en la aceptación del argumento de que, por referencia a los tratados bilaterales de inversión existentes, el Artículo 1103 puede “restablecer” las protecciones que la interpretación de la CLC presuntamente ha eliminado.*

En la Sección 3.1 volveremos a hablar de esta disposición para evaluar lo que significa respecto de las probabilidades de que se aborden las desventajas que este documento identifica en el Capítulo 11.

2.4. Requisitos de desempeño

El Artículo 1106 prohíbe a los países receptores imponer cierto tipo de requisitos a los inversionistas como condiciones para su entrada y establecimiento. Entre los requisitos

⁴ Esta afirmación se basa en el texto de la Ley de Autoridad de Promoción del Comercio [*US Trade Promotion Authority Act*] recién aprobada en Estados Unidos, que estipula que en los futuros convenios de comercio e inversión “a los inversionistas extranjeros en Estados Unidos no se les concederán mayores derechos que a los inversionistas estadounidenses en Estados Unidos” —una condición que se violaría si a los inversionistas extranjeros se les concediera el nivel de protección del tratado Estados Unidos-Zaire. Y se basa en los comentarios públicos del Ministro de Comercio de Canadá que cuestiona el valor de una amplia interpretación del Artículo 1110. El autor no tiene evidencia alguna de la posición mexicana sobre la expropiación, pero sospecha fundadamente que el texto del tratado Estados Unidos-Zaire sería inaceptable. Véase, además, Vicki Been y Joel C. Beauvais, “The Global Fifth Amendment? NAFTA’s Investment Protections and the Misguided Quest for an International ‘Regulatory Takings’ Doctrine”, *New York University Law Review*, 78 (a la venta en abril de 2003).

⁵ ICSID, Caso Núm. ABR/97/7, 25 de enero de 2000; 40 ILM 1129 (2001).

⁶ Carta al inversionista y demandado del Hon. Lord Dervaird, Presidente, Tribunal de *Pope & Talbot*, fechada el 17 de septiembre de 2001.

prohibidos están las demandas de exportación de un cierto porcentaje de ventas, los requisitos de comprar en el mercado local ciertos insumos o los de transferencia de determinadas tecnologías al país receptor.

La preocupación en este caso es que ya se ha argumentado en varios casos (aunque no existe fallo al respecto) que la prohibición de una importación constituye un requisito de desempeño. En el caso *Crompton*, por ejemplo, Canadá prohibió la importación de tratamientos a base de lindano para semilla de canola argumentando razones de medio ambiente y salud. No obstante, *Crompton US*, el fabricante, argumentó que la prohibición obliga a su filial canadiense a comprar sustitutos locales y, por ello, es realmente un requisito de compra local. La empresa *Ethyl* presentó argumentos similares en su caso, pero Canadá llegó a un arreglo al margen de los tribunales. Este argumento es de preocupar si se considera que la prohibición de las importaciones ha sido una herramienta utilizada con frecuencia en las políticas ambientales en materia de sustancias tóxicas.

2.5. Nivel mínimo de trato

El Artículo 1105 obliga a que los inversionistas reciban un trato “acorde con el derecho internacional, incluido un trato justo y equitativo...”. El texto deja sin definir dicho requisito y, hasta que fue específicamente negado por la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio (CLC) de julio de 2001, varios casos lo interpretaron como si quisiera decir que los inversionistas eran merecedores del trato especificado en *cualquier* instancia del derecho internacional, incluida la OMC, o incluso las partes ajenas al Capítulo 11 del TLCAN. La nota interpretativa reduce considerablemente el alcance al afirmar que las Partes estaban obligadas a brindar un trato acorde al derecho internacional *consuetudinario*.

Esto no resuelve íntegramente los asuntos. No existe un consenso bien definido sobre lo que constituye el derecho internacional consuetudinario, que por regla general se define de modo circular: el cuerpo de derecho internacional que se ha generalizado tanto en su uso que se volvió consuetudinario. Pero por lo menos ha reducido el alcance del Artículo 1105 al incorporar al Capítulo 11 una amplia gama de leyes no especificadas en ninguna parte de su texto, siendo el derecho internacional consuetudinario un subconjunto del derecho internacional.

La preocupación ahora radica en que la nota interpretativa podría no tener el efecto buscado cuando los tribunales de arbitraje la consideren en términos del Capítulo 11. Como se dijo anteriormente, el inversionista de *Pope & Talbot* argumentó que las obligaciones de nación menos favorecida del Capítulo 11 significan que los inversionistas merecen un mejor nivel de trato que el encontrado en el derecho internacional consuetudinario, en virtud de los compromisos al efecto en diversos tratados bilaterales de inversión celebrados por las Partes con naciones ajenas al TLCAN. El tribunal aceptó el argumento, pero no emitió fallo alguno sobre la cuestión.

Asimismo, varios demandantes sostienen que las Partes más que interpretar el Artículo 1105, lo modificaron y, con ello, cambiaron su significado. La diferencia es importante; el Artículo 1131 (2) faculta a las Partes a formular interpretaciones que son obligatorias para los tribunales. Pero modificar el TLCAN representa un proceso mucho más complejo. Volveremos a este asunto

cuando se analicen las opciones de modificación, pero cabe mencionar que el caso *Pope & Talbot* coincidió esencialmente con este argumento (aunque, insistimos, no había necesidad de emitir un fallo al respecto): “...en caso de que se solicitara al tribunal tomar una determinación en cuanto a si la acción de la Comisión es una interpretación o una modificación, optaría por la segunda”.⁷

Además, en retrospectiva, la nota no hubiera evitado ciertos fallos problemáticos emitidos antes de su difusión. En el caso *Metalclad*, por ejemplo, el tribunal falló *inter alia* que el gobierno de México era responsable por las afirmaciones de un burócrata individual y que el gobierno tenía la obligación de corregir los malos entendidos legales en que incurrió el inversionista. Se trata de una lectura en extremo amplia del Artículo 1105, y si se le sigue a la letra impondría una desalentadora carga sobre los procesos administrativos y de reglamentación nacionales.

2.6. Conclusiones

Esta sección argumenta que las disposiciones del Capítulo 11 se están interpretando, o corren el riesgo de interpretarse, de manera en extremo amplia. Este problema, por supuesto, se agrava con las vagas definiciones de los términos inversiones y medidas, que extienden extremadamente el alcance de la protección al inversionista.

Se impone la pregunta: ¿qué hay de malo en brindar protección a los inversionistas? La inversión, después de todo, puede ser un motor de desarrollo sustentable. Y el crecimiento que genera, de manejarse adecuadamente, redundará en verdaderos beneficios de interés social.

Que las Partes del TLCAN estén actualmente preparadas o no para manejar el crecimiento de manera adecuada rebasa el alcance de este documento. El tema del equilibrio reviste una pertinencia más directa para el presente estudio. Ampliar los derechos de los inversionistas privados por regla general afecta los derechos de la ciudadanía. Esto queda demostrado más claramente en la concesión de patentes, que permiten un monopolio limitado (en igualdad de circunstancias, los monopolios siempre son contrarios al interés público), como recompensa a la inversión y la innovación. Para usar un ejemplo tomado del contexto de la legislación sobre inversión, sopesemos el derecho de *Metalclad Corp.* a operar una planta de tratamiento de residuos peligrosos en San Luis Potosí contra el derecho ciudadano a tener una reserva ecológica en el mismo sitio. Ninguno de los dos derechos es absoluto, y correspondería a los gobiernos equilibrar la balanza.

La preocupación que han expresado algunos respecto del Capítulo 11 del TLCAN es que todo pareciera indicar que es probable que la balanza se incline indebidamente en favor de la protección al inversionista y, por ende, en contra del bien público. No está del todo claro que las Partes hayan previsto las vagas lecturas de las disposiciones del Capítulo 11 que ahora se aceptan o contemplan. O, si lo hicieron, no está del todo claro que el equilibrio que establecen, o que amagan con establecer, gozaría de la aceptación de la ciudadanía en su conjunto.

Además, parecería inapropiado para el equilibrio entre las prioridades de política pública, como el medio ambiente, el crecimiento económico y la protección de la salud, llevar el asunto fuera

⁷ *Pope & Talbot Inc. contra el gobierno de Canadá*, Award on Damages, 31 de mayo de 2002, párrafo 47.

del ámbito del gobierno con pocas de las salvaguardas procesales destinadas a garantizar resultados aceptables en la esfera pública. La siguiente sección aborda esta cuestión.

3. Las cuestiones de procedimiento: legitimidad, rendición de cuentas y transparencia del proceso de arbitraje

El mecanismo de solución de controversias del Capítulo 11 del TLCAN permite a las partes privadas (inversionistas) iniciar directamente un proceso de arbitraje con los estados receptores, en lo que se conoce como un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. Este procedimiento contrasta con aquél aplicable a las controversias del derecho comercial, por ejemplo en la OMC, que son estrictamente Estado-Estado. La capacidad de entablar una controversia privada directamente en contra de un Estado receptor es un mecanismo poderoso, y se encuentra también en la mayoría de los tratados de inversión bilaterales.

El Capítulo 11 permite a las partes someter a arbitraje una reclamación de conformidad con cualquiera de los tres mecanismos de arbitraje preestablecidos: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI y la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Cada una de estas instancias cuenta con sus propias normas de procedimiento, más o menos similares, tomadas de un modelo tradicional de arbitraje de controversias comerciales.

Este último punto es importante. Hasta hace poco, el arbitraje en casos de inversión era un asunto puramente comercial entre dos partes contendientes, y es para esa realidad para la cual las instituciones competentes siguen en funciones. No obstante, el amplio alcance de la cobertura del Capítulo 11 y las vagas interpretaciones de las disposiciones sustantivas prácticamente garantizan que muchos de los casos que se ventilen en el futuro tendrán impactos mayores en el bienestar público, en el que no sólo las dos partes contendientes tendrán intereses legítimos.⁸

Cuando el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y *Earth Justice* manifestaron (en documentos independientes) su interés en el caso *Methanex* solicitando intervenir al amparo de la figura “amigos de la corte”, el tribunal declaró enfáticamente:

“Hay un indudable interés público en este proceso de arbitraje. Las cuestiones sustantivas van más allá de las planteadas en los usuales procesos transnacionales de arbitraje entre partes comerciales. Esto no obedece estrictamente a que una de las partes contendientes sea un Estado... El interés público en este proceso de arbitraje surge de su propio contenido, como se indica de manera convincente en las Peticiones”.⁹

⁸ Véase Howard Mann y Konrad von Moltke, “Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA’s Chapter 11”, Documento de antecedentes de los talleres de política trinacional del IIDS, Ciudad de México, 13 de marzo; Ottawa, 18 de marzo; Washington, 11 de abril. Winnipeg: IISD, 2002.

(http://www.iisd.org/trade/ilsdworkshop/pdf/background_en.pdf)

⁹ *Methanex Corp. contra Estados Unidos de América*. Fallo del tribunal sobre peticiones de terceros para intervenir como “Amici Curiae”, 15 de enero de 2001, párrafo 49. En marzo de 2003, el tribunal aún no ha emitido su fallo a la solicitud, aunque indicó en el documento citado que estaba “dispuesto” a emitirlo.

Como ya se dijo, el fallo en tales casos equivale a encontrar el equilibrio entre las prioridades de política pública pero con resultados que afectan el interés público. Este tipo de equilibrio lo consiguen por lo general una serie de instituciones de los tres países miembros del TLCAN, incluidos el poder judicial y varios órganos gubernamentales. No obstante, hay un fuerte contraste en los atributos de estas instituciones bien desarrolladas y el arbitraje comercial previsto en el Capítulo 11. Las primeras están constituidas de modo que operan con legalidad, rendición de cuentas y transparencia —cualidades ausentes en el arbitraje comercial.

En cuanto a la legitimidad y la rendición de cuentas, el proceso de solución de controversias previsto en el Capítulo 11 tiene varias carencias. Los panelistas mismos no se seleccionan de un grupo permanente de árbitros, y el proceso de selección incluye la facultad para el demandante de seleccionar a uno de los tres árbitros, además de colaborar en la designación del tercero, situación que se presta a una selección sesgada. Una lista permanente de panelistas resolvería el problema del sesgo, en el que las partes contendientes se sienten tentadas a elegir panelistas que saben de antemano que coinciden con su posición. Asimismo, facilitaría en gran medida la acumulación de jurisprudencia sobre las cuestiones fundamentales de interpretación. Atenuaría los conflictos de intereses inherentes a los casos en que los abogados interpretan la legislación que les permite ganarse la vida. Es decir, es evidente que ampliar el alcance de probables acciones judiciales en contra de los gobiernos se traduce en un incremento del volumen de procesos de arbitraje.

El proceso de solución de controversias previsto en el Capítulo 11 acepta sólo una forma de revisión muy limitada: en esencia un cuestionamiento de la decisión arbitral en los tribunales del país en que el tribunal arbitral esté legalmente asentado. La revisión procede entonces en términos de la legislación de arbitraje internacional aplicable en el país o estado o provincia en cuestión, pero las normas para la revisión en dichos casos son mucho más altas que las que se establecen para la apelación en casos internos. Tendría que demostrarse que el tribunal incurrió en un error legal de magnitud tal que equivaldría a excederse en su jurisdicción, lo que haría que su fallo fuera nulo e inoponible. No se trata, en última instancia, de un proceso de apelación; la revisión no puede basarse en errores de facto o de jure, ni sustituir el fallo por otro emitido por el tribunal. Debe verse como aleccionador el valor ampliamente reconocido del organismo de apelaciones de la OMC para dar coherencia y certeza al proceso.

La naturaleza *ad hoc* del proceso de selección del panel y la ausencia de posibilidad de apelación contrastan seriamente con lo que existe en los sistemas de justicia internos de las Partes, donde salvaguardas esenciales forman parte de una rica red institucional de mecanismos previstos para garantizar la rendición de cuentas y la legitimidad del proceso.

Por otra parte, tanto la legitimidad como la rendición de cuentas no son posibles donde no hay transparencia. A este respecto, aun los defensores a ultranza del Capítulo 11 aceptan que un cambio vendría muy bien. Como corresponde a un mecanismo de solución de controversias puramente comerciales, no hay ninguna disposición referente al acceso del público a los documentos del tribunal. Los casos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por lo menos debieran asentarse en un registro público, pero la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) carece aun de este requisito básico. El Secretariado del TLCAN tiene la obligación de llevar un registro público de

las cartas de intención en materia de arbitraje. Esta obligación han empezado a cumplirla muy recientemente los gobiernos de Canadá y Estados Unidos, que van más allá al publicar en su página en Internet todas las peticiones y los fallos de casos en su contra (Estados Unidos publica también otros casos).¹⁰ Por último, la nota interpretativa de 2001 de la Comisión de Libre Comercio obligaba a las Partes a poner al alcance del público todos los documentos presentados o expedidos por un tribunal del Capítulo 11, pero hay razones para creer que esta nota podría no tener el efecto buscado, dado que la CLC no tiene jurisdicción sobre las normas del CIADI o de la CNUDMI.¹¹ La nota interpretativa y su compromiso con la transparencia se analizan más detenidamente en la siguiente sección.

Si bien ahora se permite un mayor acceso a los documentos legales en casos del Capítulo 11, no se permite la presencia de observadores en las audiencias, el acceso a las actas del tribunal ni la presentación de peticiones de partes ajenas al TLCAN.¹² Dado el interés público de los casos, no parece haber razón para no hacer públicos los documentos respectivos o para no permitir el mismo acceso a los expedientes que el que se tiene en cualquier tribunal local. Aunque se argumenta que ello pondría en el dominio público información comercial confidencial, dichos documentos podrían mantener su condición de restringidos, como lo están en el contexto nacional. O, como se ha sugerido, la transparencia podría ser el precio a pagar si se quiere tener el privilegio de utilizar el poderoso mecanismo directo de disputas inversionista-Estado.

Debe subrayarse que éstas no son críticas al proceso inversionista-Estado *per se*. La historia de la protección de la inversión muestra que probablemente sea mejor no dejarle todo el peso a los gobiernos, que sólo responden a los actores más importantes, y cuyas decisiones respecto de proceder o no con determinada reclamación siempre quedarán atrapadas en la política del momento.¹³

4. Soluciones posibles

Las preocupaciones arriba mencionadas han propiciado llamamientos a modificar tanto la sustancia como el proceso del Capítulo 11 del TLCAN. (Es conveniente no olvidar que los dos tipos de reforma son propuestas muy distintas. Más adelante veremos que algunas de las soluciones propuestas se ajustan mejor a un tipo que a otro.) Las propuestas caen dentro de tres categorías principales:

- Excepciones en el Capítulo 11 en material de medio ambiente, salud y seguridad;
- Notas interpretativas emitidas por la CLC;

¹⁰ Aun así, la recopilación más completa de documentos del tribunal proviene de una fuente no oficial. Véase www.naftaclaims.com.

¹¹ Véase IIDS (agosto de 2001), "IISD's Note on the NAFTA Commission's Recent Initiative to Clarify Chapter 11 Investment Provisions", http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_nafta_aug2001.pdf.

¹² En los casos *Methanex* y *UPS*, los tribunales se han declarado facultados para aceptar contribuciones *amicus curiae*, pero en ninguno de los dos casos se ha emitido un fallo definitivo.

¹³ Véase Kenneth Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Boston: Law and Taxation Publishers, 1992:23-25.

- Modificación del Capítulo 11 para reducir su alcance, precisar más las disposiciones y alterar el proceso.

Los pros y contras de cada uno de estos enfoques se analizan adelante.

4.1. Notas interpretativas

El Artículo 1131(2) del TLCAN establece: “La interpretación que formule la Comisión [de Libre Comercio] sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección”. En otras palabras, los tres ministros de Comercio podrán emitir interpretaciones obligatorias de las disposiciones del Capítulo 11, presumiblemente en circunstancias de incertidumbre. En virtud de las preocupaciones expresadas en torno a la amplísima interpretación de las disposiciones del Capítulo 11, una solución evidente parecería ser que la CLC expidiera notas interpretativas que aclararan con precisión lo que quisieron decir los redactores con el término, por ejemplo, de expropiación indirecta.

De hecho, la CLC sí emitió una nota (en lo sucesivo, la nota de la CLC) en julio de 2001.¹⁴ Tenía dos partes: primera, una interpretación del Artículo 1105 (nivel mínimo de trato internacional); y segunda, una aclaración y su compromiso respecto de la transparencia. Un análisis de esta nota ilustra claramente el papel limitado que puede representar un mecanismo en la modificación de algunos de los problemas identificados en este documento.¹⁵

La nota de la CLC sostenía que los redactores del TLCAN, al prometer un trato acorde al derecho internacional, en realidad quisieron decir acorde al derecho internacional *consuetudinario*: un nivel de protección mucho más débil. Como se señala en la Sección 2.5, arriba, la interpretación que hace la CLC del Artículo 1105 se ha criticado como inútil por dos causas. Primera, se argumenta que las disposiciones de nivel mínimo de trato del Capítulo 11 pueden acabar con cualquier intento de limitar el alcance del 1105 haciendo referencia a tratados bilaterales de inversión en los que las Partes ya están comprometidas a un nivel de protección más fuerte. Podría decirse que esto no es un gran escollo, ya que la CLC tiene facultades para iniciar sus interpretaciones limitando esta clase de lectura de las disposiciones del nivel mínimo de trato.

La falla más grave es que en los dos casos conocidos a la fecha (y más que vendrán), el inversionista ha alegado que la “interpretación” en realidad fue una modificación, ya que ciertamente cambió el significado previsto por los redactores. Si bien el Artículo 1131(2) faculta a la CLC a formular interpretaciones obligatorias, llevar a cabo una modificación representa un proceso mucho más difícil, y está fuera de la jurisdicción de la CLC. Como se indica en la sección 2.5, el tribunal del caso *Pope & Talbot* se mostró dispuesto a aceptar este argumento, pero no emitió ningún fallo.

Lo anterior nos lleva de nuevo a la premisa de que la nota interpretativa es una solución a los problemas identificados en este documento. A todas luces, esto sólo es cierto en la medida en que el alcance de lo que quisieron decir quienes redactaron el TLCAN sea más limitado que las

¹⁴ Véase <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>

¹⁵ Para consultar un cuidadoso análisis, véase IIDS, *supra* en 11.

amplias lecturas que tanto nos preocupan. Respecto del Artículo 1105 no está claro que éste sea el caso, pero *cualquier* interpretación digna de considerarse así será sin duda blanco constante del mismo ataque legal, toda vez que se trata de una línea de argumento clara con enormes beneficios potenciales.

¿Es más factible que las notas interpretativas puedan abordar los problemas de proceso que las disposiciones sustantivas? De hecho puede ser peor. Insistimos, resulta aleccionador usar la nota interpretativa de la CLC a modo de ejemplo. La nota obliga a las Partes a “poner al alcance del público de manera oportuna todos los documentos presentados al tribunal del Capítulo 11 o los expedidos por esta instancia”. Este compromiso está sujeto a tres posibles excepciones, una de las cuales es de vital importancia: salvo por “la información que la Parte debe reservarse de conformidad con las normas arbitrales pertinentes, según sea el caso”.

Hasta la fecha, todos los tribunales han establecido altos niveles de restricción en cuanto a la divulgación de la información que, de cumplirse, serían alterados por los compromisos de las Partes. Pero, nuevamente, en ninguno de estos casos *podrían* haberse cumplido, toda vez que la información en cuestión estaba siendo retenida de conformidad con las normas arbitrales pertinentes. Aquí el problema es de jurisdicción. Conforme a las normas del CIADI y de la CNUDMI, los tribunales se ponen de acuerdo en un principio con las Partes en cuanto a las normas de procedimiento, incluidas las órdenes de confidencialidad. Mientras que las Partes pueden estar facultadas para emitir interpretaciones de las disposiciones del TLCAN, no tienen facultades para interpretar o cambiar las normas del CIADI y de la CNUDMI. La única manera de que este tratado surta algún efecto no es como nota interpretativa, sino más bien como un compromiso de ponerse de acuerdo en todas las futuras controversias en cuanto a cómo habrán de interpretarse las normas de confidencialidad desde el inicio de cada caso.

En otras cuestiones procesales, como cambiar el proceso de selección de los árbitros y abrir el proceso a la consulta ciudadana y a la observación, la CLC tiene aun menos influencia. Estas cuestiones no son parte de las normas de procedimiento aceptadas por las Partes en cada caso, y son la prerrogativa del tribunal o bien forman parte de las normas del CIADI y de la CNUDMI.

De esa manera, si bien en algunos casos las notas interpretativas pueden servir para restringir las lecturas amplias de las disposiciones, pueden someterse a ataques como modificaciones *de facto*. Y dado que el proceso de arbitraje se rige desde afuera del marco legal del TLCAN, no hay mucho que puedan hacer las notas interpretativas para resolver las fallas procesales del Capítulo 11.

4.2. Una excepción en materia de salud ambiental y seguridad en el Capítulo 11

Una excepción sería agregar una condición al texto del TLCAN que eximiera a las Partes de las obligaciones que establece el Capítulo 11 al aplicar ciertos tipos de medidas. Las medidas más socorridas son las referentes a la protección de la salud humana y la seguridad, así como a la protección del medio ambiente, pero no es difícil pensar en otras metas de política pública importantes que merecerían estar en la lista.

La propuesta de un mecanismo de esa naturaleza se deriva en gran medida de la existencia de excepciones similares en el derecho comercial. Quizá el mejor ejemplo conocido es el Artículo XX: Excepciones generales, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Este artículo enumera diez tipos de medidas que pueden excluirse de la ley del GATT, que incluyen las medidas:

- Necesarias para proteger la moral pública.
- Necesarias para proteger la salud y la vida de las personas, de la fauna y de la flora.
- Relativas a los artículos fabricados en las prisiones.
- Impuestos para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico.
- Relativas a la conservación de los recursos naturales no renovables.
- Esenciales para la adquisición o distribución de productos de los que haya escasez general o nacional.

Antes de que pueda considerarse que una medida es susceptible de tales excepciones, debe reunir las condiciones previstas en el primer párrafo del Artículo XX (el *chapeau*), que señala que las medidas en cuestión no se “apliquen en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”. En otras palabras, el GATT permitirá excepciones, pero los redactores quisieron asegurarse de que no se abusara de las excepciones para proteger a los productores nacionales bajo el disfraz de principios más elevados.

Tres consideraciones hacen cuestionable esta opción. Primera, solicitar una excepción para una conducta determinada no es aceptable, por principio de cuentas. Hay quienes sostienen que en el ámbito de las inversiones debiera existir la presunción del derecho a regular en beneficio de la ciudadanía.¹⁶ Este derecho puede limitarse por convenio internacional, pero empezar suponiendo que ya lo está parece una postura débil. El análisis anterior sugiere que algunas de las vagas interpretaciones han ido más allá de lo previsto por los redactores del TLCAN: posición que resultaría seriamente comprometida de buscarse excepciones para cubrir la conducta prohibida.

Pero si el efecto es el mismo, ¿debiéramos preocuparnos por la manera en que se logra el objetivo? La segunda causa de preocupación es que quizás el efecto no sea el mismo. La experiencia del GATT muestra que las excepciones del Artículo XX son un escollo extremadamente difícil de salvar. Toda redacción prevista para impedir el proteccionismo sin duda causará muchos errores por pecar de prudentes. Por ejemplo, el término “necesarias” en la excepción para el medio ambiente ha sido interpretado por los paneles como “menos restrictivas del comercio”: una característica que poseen relativamente pocas medidas.

Una tercera causa de preocupación es que dicho mecanismo no resolvería por sí solo los problemas arriba identificados. Ésta no es una falla grave, toda vez que resolver esos problemas

¹⁶ Véase Howard Mann, “The Right of States to Regulate and International Investment Law: Comment”, Documento elaborado para la conferencia de la UNCTAD: *Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context*, Ginebra, 6-8 de noviembre de 2002.

y crear excepciones no son tareas que se excluyan mutuamente. En vista de que el TLCAN tendría que modificarse para lograr el primer objetivo, el último podría revisarse al mismo tiempo.

Una última causa de preocupación es precisamente que agregar excepciones implicaría modificar el TLCAN. Ésta sería una posición extremadamente complicada. El problema es que la mayoría de los tratados comerciales (o, para ser más precisos, los tratados de comercio, inversión y otras políticas afines) son como una maleta repleta cuyo contenido es necesario apretar al máximo para lograr cerrarla. Por lo general los concretan en el último minuto, bajo una gran presión, a modo de compromisos con los que ninguna de las Partes está satisfecha, pero con los que todas pueden vivir. No será fácil buscar un par de calcetines en la maleta atestada de cosas —una vez que la abramos saldrán todo tipo de objetos. En la fecha de este escrito, el gobierno mexicano atraviesa por una gran presión en el sentido de reabrir el Capítulo 7 del TLCAN para obtener más protección para su sector agrícola. Más aún, México es objeto de la presión de sus socios en otros tratados comerciales para que reabra los tratados que les favorecen, y el precedente establecido al renegociar el TLCAN sería irreversible. No es extraño que los ministros de comercio detesten la idea de sacar la maleta del armario.

Con base en los dos puntos débiles arriba mencionados, si nos hemos de embarcar en modificar el Tratado, sería más atinado reacomodar todo mientras la maleta está abierta. En la siguiente sección se analiza esa línea de acción.

4.3. Modificación del Capítulo 11

La sección anterior dejó aclarado que hay poco interés político en reabrir el TLCAN para ajustar el Capítulo 11. Y si revisamos la lista de preocupaciones antes descritas, parece que hay pocas alternativas.

- En cuanto al alcance —de la amplia definición de inversionistas y medidas en el TLCAN—, no serán útiles ni notas interpretativas ni excepciones.
- Sobre las inquietantes lecturas, o lecturas potenciales, de las disposiciones sustantivas del Capítulo 11, tanto las notas interpretativas como las excepciones ofrecen poca mejoría.
- En cuanto a las cuestiones procesales, ninguna funciona.

Admitir que el Capítulo 11 necesita ajustes se traduce en la necesidad de reabrir el TLCAN para hacerlo bien. No es una situación afortunada habida cuenta de las dificultades que eso entraña, como ya vimos.

Podría ser posible que las Partes redactaran un convenio antes de reabrir el Tratado, en el que especifiquen con precisión qué elementos son susceptibles de modificarse. La clave es si un tratado de esa naturaleza sería respetado una vez iniciadas las negociaciones.

5. Recomendaciones para la CCA

Antes de instrumentar cualquier medida respecto del Capítulo 11 del TLCAN y el medio ambiente, la CCA debe asegurarse de que comprende claramente los problemas de un área de estudio compleja. Esto sólo puede hacerse con un sólido programa de consulta e investigación que escuche más detenidamente los muchos puntos de vista divergentes respecto de los temas examinados en este documento. En ese contexto, el CCPC ha de ser felicitado por su empeño en ventilar los problemas en materia de inversión y medio ambiente, y en trabajar para elevar el nivel de comprensión de todas las partes involucradas.

Habiendo desarrollado capacidad respecto de los asuntos que competen a la CCA, y dando por sentado que la Comisión tiene motivos de preocupación, el siguiente paso sería comprometer a la CLC en los mismos temas. Sólo los ministros de comercio están facultados para modificar o interpretar el TLCAN, y su respaldo sería fundamental en última instancia para cualquier avance.

El mejor conducto de la CCA para lograr este tipo de cooperación sería el Artículo 10(6) del ACAAN, conforme al cual hay un claro mandato de cooperar con la CLC en la consecución de los objetivos y metas ambientales del TLCAN, *inter alia* mediante la evaluación, sobre una base permanente, de los efectos ambientales del TLCAN. El Grupo de Trabajo del Artículo 10(6) tiene un mandato idealmente adecuado para la colaboración en esta clase de asuntos. Las posibles modalidades son variadas: por ejemplo, documentos informativos elaborados de manera conjunta sobre asuntos específicos del Capítulo 11, mesas redondas, colaborar en investigaciones y eventos de la CCA sobre el Capítulo 11.

En caso de que la CLC no demostrara interés en los tipos de colaboración antes mencionados, o en iniciativas conjuntas alternas sobre el Capítulo 11 y el medio ambiente, la CCA podría considerar la posibilidad de brindar asesoría, de conformidad con su mandato según lo previsto en el Artículo 10(6). El Consejo mencionó ya esa posibilidad en su Comunicado final de la sesión de junio de 1999, pero la opción nunca se concretó. A partir de entonces la CLC se ha reunido y ha discutido sobre el asunto, lo que resultó en las notas de interpretación de julio de 2001. Sin embargo, ello parece haberse efectuado sin la cooperación o retroalimentación del Consejo. Una asesoría de ese tipo tendría que basarse en los resultados de un análisis y una consulta cuidadosos, como se describió arriba.

Por último, de conformidad con su mandato de crear conciencia entre la ciudadanía, la CCA podría esforzarse en incrementar la comprensión de estos asuntos mediante publicaciones, simposios y canales bien desarrollados de divulgación ciudadana. La comprensión y el apoyo ciudadanos son en última instancia el fondo del cambio.