

**La protección de los derechos de los inversionistas y del
bienestar público:
Evaluación del Capítulo XI del TLCAN**

**Papel Antecedete para los Talleres
Ciudad de México: 11 marzo; Ottawa: 18 marzo; Washington: 11 abril
<http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>**

**Howard Mann
Konrad von Moltke**

IISD INTERNATIONAL INSTITUTE FOR
SUSTAINABLE DEVELOPMENT
INSTITUT INTERNATIONAL DU
DÉVELOPPEMENT DURABLE

1	INTRODUCCIÓN: DE LA PROTECCIÓN DE LOS INVERSIONISTAS AL CAPÍTULO XI.....	1
2.	LOS CUESTIONABLES FUNDAMENTOS DE LOS CONVENIOS DE INVERSIÓN ACTUALES	3
3.	LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CLAVE DEL CAPÍTULO XI.....	8
3.1.	Trato nacional.....	11
3.2.	Nivel internacional mínimo de trato.....	15
3.3.	Requisitos de desempeño	16
3.4.	Expropiación	18
4.	LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y EL DESARROLLO SUSTENTABLE..	22
4.1.	Transparencia	22
4.2.	El vacío institucional.....	24
5.	OPCIONES PARA EL CAMBIO.....	27
5.1.	Opciones para el Capítulo XI: Una declaración interpretativa y una enmienda ...	27
5.2.	Negociaciones futuras	29

1 INTRODUCCIÓN: DE LA PROTECCIÓN DE LOS INVERSIONISTAS AL CAPÍTULO XI

La controversia en torno al Capítulo XI del TLCAN podría llevar a uno a pensar que la legislación internacional sobre inversiones extranjeras es totalmente nueva. Sin embargo, no es así. Antes bien, por más de medio siglo dicha legislación se ha ido perfeccionando como un área del derecho internacional cada vez más especializada. Con fundamento en la filosofía de que al amparo del derecho internacional los extranjeros y su propiedad estaban sujetos a la protección de sus estados soberanos, en el decenio de 1930 comenzaron a aparecer casos sobre expropiación, los cuales se incrementaron entre los decenios de 1950 y 1970.¹

Desde este temprano origen, el alcance del derecho de la inversión se ha ampliado. El Capítulo XI del TLCAN proporciona el modelo por excelencia de los elementos que han pasado a formar parte de un cada vez mayor número de convenios de inversión. Estos elementos son los siguientes:²

- Protección contra la expropiación directa e indirecta;
- Derechos para establecer una inversión;
- Derecho al Trato nacional y al Trato de nación más favorecida;
- Garantía del Nivel internacional mínimo de trato para los inversionistas extranjeros;
- Protección especial contra requisitos de desempeño y contra requisitos relativos al empleo de personal;
- Derecho a repatriar todo tipo de fondos.

Además de este paso hacia la creación de amplios derechos en materia de inversión, la capacidad de hacerlos cumplir ha también aumentado. Cuando en el pasado la responsabilidad de hacer cumplir estos derechos recaía sólo en los estados, cosa que hacía que rara vez se respetaran, ahora los inversionistas extranjeros tienen la capacidad de hacer cumplir ellos mismos sus derechos internacionales mediante el proceso de arbitraje “inversionista-Estado”. Esta evolución refleja la realidad que es que los estados no invierten en países extranjeros, de manera que el derecho internacional de la inversión trata de los derechos de cada inversionista en relación con las autoridades públicas del país anfitrión. Aunado a este recurso están las disposiciones sobre el “derecho de foro”, que permiten al inversionista elegir los recursos legales internacionales *en lugar de* los recursos nacionales del país anfitrión.

A medida que los derechos y recursos legales se han ampliado, ha crecido el deseo de los inversionistas extranjeros de utilizar estas herramientas. Mientras que el recurso legal de Estado-a-Estado era utilizado en última instancia para hacer cumplir los derechos de un

¹ Sornajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994.

² Hacia fines de 2001, el número de convenios de inversión bilaterales y multilaterales era mayor de 2000.

inversionista, los procesos de arbitraje “inversionista-Estado” se han convertido ahora en el territorio jurisdiccional preferido.³

La protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sustentable exigen generalmente medidas de los gobiernos. Estos objetivos conllevan también un alto grado de incertidumbre respecto de cuáles son las medidas más eficaces y, por consiguiente, suponen un considerable ejercicio de las facultades discrecionales de parte de las autoridades públicas. En la mayoría de países desarrollados la legislación ambiental se ha convertido en el más importante régimen de derecho. A medida que la sociedad busca un equilibrio entre la necesidad de proteger el medio ambiente y reducir la pobreza y las posibilidades personales para prosperar, en todos los países la puesta en ejecución de los mandatos ambientales es objeto de controversia y litigio. Todas estas áreas del derecho público son afectadas potencialmente por el derecho de la inversión. Mal cabe sorprenderse de que el medio ambiente se haya convertido en el pretexto para un más amplio debate público acerca del impacto del derecho internacional de la inversión. Este debate ha evolucionado rápidamente, de la reflexión sobre cuestiones ambientales específicas a la discusión acerca de la inversión y el desarrollo sustentable, y hasta la reconsideración de algunas de las premisas del derecho internacional de la inversión.

Las inquietudes planteadas en este documento pueden dividirse en tres temas relacionados entre sí:

- El impacto de la promoción del desarrollo sustentable;
- El impacto de la capacidad de los gobiernos para tomar las decisiones necesarias y eficaces en materia de gestión pública, incluidas las relacionadas con la problemática de la sustentabilidad y más allá; y
- La conveniencia del marco institucional del TLCAN.

El examen del primer tema parte del reconocimiento de que la inversión es esencial para promover un mayor desarrollo sustentable, pero gira alrededor de una evaluación crítica de los fundamentos del derecho internacional de la inversión actual, los cuales tienen su origen en la teoría y práctica de la liberalización comercial. El segundo tema tiene dos corrientes: la jurisprudencia que se ha desarrollado en virtud del Capítulo XI, y los impactos del proceso inversionista-Estado como un modelo para la solución de controversias a nivel internacional. El tercer aspecto plantea si el marco institucional del TLCAN, y en particular las disposiciones sobre solución de controversias del Capítulo XI, son adecuadas para emprender un equilibrio legítimo entre los derechos de los inversionistas y el bien público.

El documento concluirá con un análisis de las opciones para hacer frente a los problemas identificados. Estas opciones son ideadas, primero, en el contexto del Capítulo XI del TLCAN, pero luego se amplían para servir de poste indicador para tratar las cuestiones relativas a la inversión en el marco de las negociaciones del ALCA, la OMC y otros foros.

³ Luke Eric Peterson, "Changing Investment Litigation, BIT by BIT", Bridges Between Trade and Sustainable Development, Mayo de 2001, Año 5, No.4, pp. 11 a 12.

2. LOS CUESTIONABLES FUNDAMENTOS DE LOS CONVENIOS DE INVERSIÓN ACTUALES

Los beneficios de la liberalización económica parecen tan obvios para quienes la promueven, que por lo general las negociaciones se lanzan sin mucha reflexión. Esto se debe en parte a las dificultades que siempre se enfrentan cuando se inician nuevas negociaciones; la batalla para elaborar un programa que sea aceptable para todos prevalece sobre el examen de si el programa que surge es el “correcto”, según algún parámetro convenido. Esta sección se remonta a ese examen fundamental, tratando de buscar la respuesta a una pregunta pocas veces planteada: ¿Cuáles son los objetivos que deberíamos tratar de alcanzar a través de la elaboración de los convenios de inversión?

Después de tres años de su firma, el enfoque del TLCAN sobre de los derechos y recursos legales de los inversionistas se convirtió en la base de las negociaciones de la OCDE sobre el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), negociaciones que se abandonaron en 1998. Más recientemente, el Capítulo XI ha proporcionado el patrón para las etapas iniciales de las negociaciones sobre inversión en el marco del Área de Libre Comercio de las Américas.

¿Cuáles son las razones que dieron lugar a la ampliación del derecho internacional de la inversión, ampliación que comenzara hace más de cincuenta años y que ha culminado en el TLCAN⁴? Esta pregunta es sobresaliente dada la historia de las vinculaciones entre la liberalización comercial y la liberalización de la inversión. Ambas fueron parte de los esfuerzos iniciales para establecer la Organización Internacional de Comercio como uno de los pilares del reordenamiento de las instituciones económicas internacionales iniciado durante la Conferencia de Bretton Woods de 1944. La Carta de la Habana que le siguió en 1984 nunca entró en vigor por falta de ratificación. Ello dejó al proceso de liberalización comercial del GATT como el único existente.⁵

A medida que las barreras arancelarias fueron eliminadas en virtud de sucesivas rondas de negociación, los negociadores llegaron a centrar sus esfuerzos en la eliminación de otras posibles barreras al comercio. Al hacerlo, llegaron a involucrarse cada vez más en los detalles de la reglamentación nacional y a ampliar sus atribuciones para tratar todo tipo de nuevas cuestiones, como los derechos de la propiedad intelectual, el comercio de servicios, la inversión y la protección del medio ambiente. Esto se ha llevado a cabo mediante una nueva combinación de reglas tradicionales de tipo negativo (por ejemplo, los estados no deberán discriminar o imponer cuotas), aunadas a un conjunto más amplio y riguroso de obligaciones positivas que exigen a los gobiernos la aplicación de medidas para cumplir con disciplinas que definen cómo, y a menudo cuándo, los gobiernos pueden reglamentar.

⁴ Para más detalles sobre el alcance del Capítulo XI del TLCAN, véase Howard Mann y Konrad von Moltke, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, Documento de trabajo, 1999. En lo sucesivo, Mann y von Moltke, 1999.

⁵ Konrad von Moltke, *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, 2000, pp. 9 a 10.

Dada esta amplia esfera de influencia, hemos ido más allá del punto donde la vinculación entre la promoción del bienestar público y la teoría de la liberalización se podía dar por sentado. Algunos teóricos del comercio reconocen claramente este dilema:

Con base en la hipótesis de que los mercados son competitivos, la teoría económica sugiere que la reducción de las barreras al comercio en frontera, como los aranceles, beneficiará tanto al país importador como al exportador. Por ende, se puede suponer que los acuerdos comerciales tradicionales conllevan ganancias para todos. Sin embargo, la teoría no sugiere que éste sea necesariamente el caso de los acuerdos más complejos que abordan políticas cuyo ámbito de aplicación va más allá de las fronteras. De hecho, tales acuerdos podrían plantear escenarios de “ganador-perdedor”. Por ejemplo, un convenio internacional para hacer cumplir los derechos de la propiedad intelectual podría a fin de cuentas perjudicar a un país con reducida o nula capacidad de innovación que anteriormente haya sencillamente copiado innovaciones de otros países.⁶

La incuestionable extensión de la base lógica de la liberalización comercial a otras áreas de la gestión económica internacional deben examinarse con ojo crítico. Durante cincuenta años, los negociadores comerciales han librado la batalla contra intereses específicos y contra los bastiones del proteccionismo encubierto. Con base en la teoría de las ventajas comparativas, supusieron sin problemas que todos sus esfuerzos conllevaban a la promoción del bienestar público, incluso cuando ello infligía dificultades a otras jurisdicciones. La forma más simplificada de esta suposición era como sigue: la imposición de reglas que impiden el uso de obstáculos al comercio como medio para lograr la eficiencia de los mercados es una buena práctica. La aplicación de este razonamiento se extendió gradualmente de las cuestiones vinculadas con los aranceles hacia las no arancelarias, como los derechos de propiedad intelectual, el comercio de servicios y la inversión. Hoy día, esta base lógica se ha extendido para dar sustento a la ampliación de los derechos de los inversionistas extranjeros: de la protección de una inversión después de establecida, al derecho de realizar inversiones (“derecho de establecimiento”) y de impedir la imposición de políticas económicas nacionales (como los requisitos relativos a compras locales o al empleo de personal) como condición para el funcionamiento de la inversión.

No obstante, ante el creciente número de propuestas de liberalizar los mercados internacionales que afectan a importantes políticas de aplicación “detrás de las fronteras”, los negociadores tendrán que justificar su proceder en términos de las medidas adoptadas para llevar a cabo la promoción del bienestar público en sentido amplio. Las repercusiones de sus acciones a nivel mundial, así como el diferencial de su incidencia en los distintos países, debe evaluarse cuidadosamente a fin de evitar situaciones de “ganador-perdedor” y, por sobre todo, de “perdedor-perdedor”.

⁶ Nancy Birdsall y Robert Z. Lawrence, “Deep Integration and Trade Agreements: Good for Developing Countries?” en: Inge Kaul, y otros editores, *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*. Nueva York: Oxford University Press, 1999, p.147.

Hasta ahora, no se han proporcionado las razones de peso en términos de bienestar público para estimar que hay un fundamento para expandir las protecciones que estipula el derecho internacional de la inversión tradicional hacia derechos privados de la inversión. Lo que en última instancia hizo fracasar las negociaciones del Acuerdo Multilateral de Inversiones no fue solamente la oposición basada en argumentos medioambientales, sino también los defectos acumulativos que surgieron cuando el proyecto fue sometido al amplio escrutinio público, así como el hecho de que las ventajas del acuerdo para el bienestar público nunca se expresaron adecuadamente -si es que las hubiera verdaderamente.

Hasta donde tales razones de peso se han expuesto, las mismas se han centrado en el papel de la protección de los inversionistas conforme al derecho internacional como un medio para expandir y diversificar las inversiones extranjeras en un mayor número de países, en particular en los países en desarrollo. Sin embargo, existen ciertas dudas con respecto a si este objetivo se ha logrado alguna vez.⁷ La experiencia hoy en día sugiere que el elemento de reducción de los riesgos vinculado con la protección de la inversión tradicional es, a lo sumo, un factor marginal en la toma de decisiones de las empresas en materia de inversión extranjera directa. Se requiere de una combinación de una serie de factores para que se den cambios perdurables en las percepciones de los inversionistas con respecto a los riesgos. La presencia de poderosas instituciones nacionales ocupa un lugar importante, lo mismo que los recursos en todas las áreas que afectan considerablemente a una inversión y el acceso a los mercados para los bienes producidos. La percepción de los riesgos influenciará profundamente la rentabilidad media que un inversionista necesita, pero el riesgo en sí mismo es un fenómeno multifacético y la creación de un marco internacional para la inversión no cambiará por sí sólo los flujos de inversión.⁸

Desde que el TLCAN entró en vigor en 1994, la inversión extranjera directa en México ha experimentado un crecimiento significativo. Pero los flujos de inversión adicionales hacia México son el resultado de la totalidad del acuerdo, incluyendo las rigurosas disposiciones sobre reglas de origen que permiten el acceso a los mercados de los Estados Unidos, aunado a las medidas internas de apoyo y cambios institucionales en México.

⁷ K. Scott Gudgeon, "United States Bilateral Investment Treaties: Comments on their Origin, Purposes and General Treatment Standards" *International Tax and Business Lawyer*, Vol.4, 1986, pp. 111 a 112; Thomas Walde y Stephen Dow, "Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment", 34 *Journal of World Trade*, Vol.2, (2000); A. Perry, "Effective Legal Systems and Foreign Direct Investment: In Search of the Evidence", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, pp. 779 a 799.

⁸ Factores como los recursos disponibles para ejercer una actividad económica, la presencia de una fuerza laboral capacitada, el potencial de mercados en la región/el país anfitrión, la estabilidad política, la infraestructura bancaria, administrativa y física, etc., juegan un papel mucho más importante en estas decisiones. En efecto, hasta antes de la aparición de litigios en el marco del Capítulo XI, pocos inversionistas parecen incluso haber tenido conocimiento de la gama de convenios bilaterales existentes en esta área. Esto parece confirmarse en estudios recientes de la CEPAL y la UNCTAD, en los que se pone de manifiesto que la gestión de riesgos es sin lugar a dudas sólo uno de los factores en las decisiones empresariales acerca de cuando y dónde invertir. Mientras que el asesoramiento de los abogados centra la atención en los riesgos y recursos legales, éste no constituye el foco de atención del inversionista mismo. Véase *Foreign Investment Flows in Latin America, 1999*, Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe, Santiago, 2000; y *World Investment Report 2000*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 2000.

Resulta imposible determinar si el Capítulo XI del TLCAN tuvo un papel positivo en la promoción de la inversión en México, como lo es determinar lo contrario. En virtud de las complejidades propias de la toma de decisiones en materia de inversión, las simples generalizaciones que han dado sostén a la liberalización comercial no se aplican a los convenios de inversión.

Al principio, el derecho de la inversión se desarrolló para proveer una vía conforme al derecho internacional para obtener reparación legal por medidas gubernamentales graves relacionadas con los bienes extranjeros. La idea rectora era superar las deficiencias en los regímenes jurídicos nacionales en relación con el capital extranjero privado, al *complementar* éstos con un respaldo jurídico internacional. Este fundamento se instituyó en un contexto en que los inversionistas eran de países desarrollados y los estados huéspedes eran los países en desarrollo, durante una época en que la nacionalización tenía lugar en muchos países, especialmente en las antiguas colonias y en los territorios dependientes. Los convenios de inversión recientes han ido más allá de este limitado propósito, y su incidencia puede ahora llegar hasta cualquier decisión reglamentaria que los inversionistas puedan considerar como indeseable.

Además, el papel complementario de los convenios de inversión se ha convertido en uno de *substitución*: los inversionistas pueden elegir un foro y un conjunto de reglas en lugar de otro, según les convengan las circunstancias. Es más, como se mencionó antes, las protecciones de los inversionistas se han ampliado para incluir derechos de establecimiento y para restringir la imposición a nivel local de requisitos de desempeño, incluídos los aplicables a los inversionistas nacionales. De este modo, actualmente los convenios de inversión crean una serie de derechos económicos basados en el derecho internacional para los actores privados, mismos que se pueden hacer cumplir como un asunto de derecho internacional al amparo de un proceso internacional. Otra vez, y ahora substituyendo completamente el régimen de derecho nacional con reglas de derecho internacional, estos nuevos derechos buscan superar las deficiencias de la legislación nacional o de hecho invalidar las barreras jurídicas nacionales.

Estos nuevos derechos internacionales de la inversión, combinados con las políticas de liberalización unilateral de la inversión vigentes en muchos países, crean nuevas oportunidades de inversión. Se sobreentiende que los mismos regímenes que pueden ser insuficientes para proteger el capital extranjero probablemente también lo sean en lo que concierne a la protección de los diferentes aspectos del bienestar público: medio ambiente, salud, manejo de recursos, etc. Aún así, hasta la fecha los regímenes de inversión no incluyen ninguna disposición jurídicamente vinculante diseñada para abordar *estas* deficiencias; los regímenes nacionales tampoco se han complementado o substituído con obligaciones para los inversionistas basadas en el derecho internacional. Ello, a pesar del hecho de que los convenios son diseñados resueltamente para promover la inversión hacia tales países, y a sabiendas de que en ausencia de tales protecciones la inversión puede llevar a pérdidas netas en el bienestar público.

Los promotores de los convenios de inversión sostienen que los acuerdos no autorizan a ignorar las leyes internas, y que por consiguiente las protecciones internacionales no son necesarias. Esta sugerencia es incluso discutible hasta cierto grado, dado el posible alcance de ciertas disposiciones establecidas en los convenios de inversión. (Véase la

sección III, más abajo). Pero asumiendo que fuera cierta, aún así no logra dar respuesta a la preocupación de que los regímenes en cuestión son por lo general poco desarrollados y pueden carecer de cumplimiento efectivo. Esta preocupación es de la misma clase que las inquietudes planteadas en torno a las deficiencias en los procesos jurídicos, administrativos y judiciales que existen en estos países en relación con la protección del capital. Expuesto de una manera simple, se considera que un régimen necesita ser complementado y substituído, mientras que el otro no lo requiere.

Varios estudios, entre otros del Banco Mundial, están ahora documentando los resultados de la expansión de los derechos económicos privados y la exclusión de protecciones del bienestar público. Están comenzando a identificar tendencias hacia pérdidas económicas netas para los países anfitriones, como resultado de un desarrollo mal controlado y suscitado por la liberalización de la inversión en ausencia de regímenes y procesos de gestión del bienestar público adecuados.

Los ambientalistas necesitan ser cuidadosos en esta área. Actualmente, ya sabemos que los “paraísos contaminantes” –en el sentido controvertido de las jurisdicciones que buscan deliberadamente atraer la inversión mediante el ofrecimiento de normas ambientales laxas– no han surgido en la medida que muchos temían. Las decisiones en materia de inversión implican muchos factores, y los factores ambientales son raramente predominantes para las inversiones productivas que no dependen directamente del medio ambiente para la creación de su producto. Esto se aplica incluso al puñado de industrias, esencialmente petroquímicas, para quienes la protección ambiental representa actualmente tanto como el 10 por ciento de la inversión total.⁹ Sin embargo, existe al mismo tiempo un creciente acervo bibliográfico y datos disponibles que demuestran un fenómeno que hace que la protección ambiental se encuentre “atorada al nivel más bajo”: los bajos niveles de protección ambiental y de su observancia no han aumentado al mismo ritmo que lo han hecho las necesidades de tal protección.¹⁰ Esta observación se basa en varios estudios de caso de países en desarrollo sumamente liberalizados. Pone

⁹ Las pruebas en contra del argumento en el sentido de que las inversiones tienden a crear paraísos contaminantes es convincente en lo que respecta a importantes empresas mundiales que producen y utilizan las tecnologías más adelantadas. Sin embargo, los datos de que se dispone son menos claros y menos completos en relación con inversionistas extranjeros de menor talla. Las pruebas relativas al desempeño sustentable de las industrias cuya actividad se basa en la explotación de los recursos naturales, como la silvicultura y la pesca, son sumamente alarmantes. Véase, por ejemplo, la serie de informes del Banco Mundial sobre la evaluación de los regímenes en el sector de la silvicultura: Uma Lele, y otros, *The World Bank Forestry Strategy. Striking the Right Balance*. Washington, D.C.: El Banco Mundial, 2000 (World Bank Operations Evaluation Department).⁹ B. Essama-Nash y James J. Gockowski, *Cameroon. Forest Sector Development in a Difficult Political Economy*. (Serie de Estudios de evaluación de casos por país). Washington, D.C.: El Banco Mundial, 2000. (World Bank Operations Evaluation Department). Nigel Sizer y Dominiek Plouvier, *Increased Investment and Trade by Transnational Logging Companies in Africa, the Caribbean and the Pacific: Implications for the Sustainable Management and Conservation of Tropical Forests*. Bruselas: Fondo Mundial para la Naturaleza, 2000.

¹⁰ Ibid, y véase Gareth Porter, “Trade Competition and Pollution Standards: “Race to the Bottom” or “Stuck at the Bottom”?, *Journal of Environment and Development*, Vol. 8, 1999, pp. 133 a 150; Luba Zarsky, “Havens, Halos, and Spaghetti: Untangling the Evidence about Foreign Direct Investment and the Environment” En *Foreign Direct Investment and the Environment*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Paris: OCDE, 1999; Thomas, V. y otros, *The Quality of Growth*. Washington, DC: El Banco Mundial y Oxford University Press, 2000; Per Fredriksson, ed., *Trade, Global Policy, and the Environment*, Washington, DC: El Banco Mundial, 1999.

claramente de manifiesto el riesgo de propiciar una situación en que el desarrollo económico a corto plazo se transforme en pérdidas netas a mediano y largo plazo, debido a los costos ambientales y humanos del mal manejo del medio ambiente. En suma, la liberalización de la inversión en países con normas ambientales más débiles puede disipar cualquier ganancia económica si no se concede la debida importancia a la perspectiva del desarrollo sustentable en el crecimiento económico.

Además de la creciente preocupación ecológica, hay varios otros problemas inherentes a la tendencia actual de la inversión desde la perspectiva internacional y del bienestar público. Algunos países que requieren desesperadamente de inversión no están en condiciones de atraerla en cantidades significativas. Algunos sectores que necesitan de inversión para promover el bienestar público, entre ellos el sector dedicado a la protección ambiental, no obtienen inversiones adicionales al nivel que se requiere. Aún así, nada en los convenios de inversión existentes indica que los mismos hayan sido diseñados para rectificar tales desequilibrios. O bien, presuponen que el hecho de liberalizar los mercados internacionales para la inversión contribuirá automáticamente de alguna manera a resolver estos problemas, o suponen que el tratamiento de tales problemas va más allá de sus atribuciones.

Lo que precede no tiene como propósito alegar que no existe un programa internacional en materia de inversión. Más bien, constituye un argumento fuerte en el sentido de que se requiere establecer un programa internacional diferente. Hay ciertas áreas de la política oficial –el medio ambiente y el desarrollo sustentable, entre las más importantes– que requieren de inversiones privadas para lograr bienes públicos claramente definidos. Por largo tiempo, los gobiernos han reconocido la necesidad de promover tales inversiones, a través del otorgamiento de subsidios y muchos otros incentivos como medio para influenciar las decisiones en materia de inversión. La reducción de riesgos es una herramienta entre otras para favorecer las inversiones privadas que promueven los bienes públicos; tiene la ventaja de no crear distorsiones que se asimilen tanto con las expectativas respecto de una inversión que después no puedan ser eliminadas.

Es indispensable identificar los bienes públicos que se deberían promover mediante los convenios internacionales de inversión. Si éstos no pueden lograrse, los gobiernos podrían reexaminar si están dispuestos a invertir su potencial de negociación y limitar sus derechos a regular a los inversionistas extranjeros, o bien tratar de conseguir sus objetivos de desarrollo. La importancia de identificar el bien público tiene dos aspectos: aporta un criterio frente al cual las disposiciones de un convenio de inversión pueden evaluarse, y proporciona una base para determinar si los beneficios de un convenio de inversión justifican los costos. Volveremos a examinar algunas opciones específicas a este respecto en la Sección 5 de este documento.

3. LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CLAVE DEL CAPÍTULO XI

En la introducción de este documento se señalaron dos categorías vinculadas entre sí de preocupaciones que surgen de la relación entre el derecho ambiental y el desarrollo sustentable. Estas son:

- El impacto de la promoción del desarrollo sustentable; y
- El impacto de la capacidad de los gobiernos para tomar las decisiones necesarias y eficaces en materia de gestión pública, incluidas las relacionadas con la problemática de la sustentabilidad y más allá.

El TLCAN contiene tres declaraciones preambulares que son pertinentes para estas preocupaciones. Las mismas afirman que las Partes del TLCAN están resueltas a:

- *Preservar su capacidad para salvaguardar el bienestar público;*
- *Promover el desarrollo sustentable;*
- *Reforzar la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en material ambiental.*¹¹

En la práctica, estas declaraciones preambulares han tenido poca incidencia en la formulación, interpretación y aplicación del Capítulo XI del TLCAN. En el contexto del Tratado, la promoción del desarrollo sustentable tiene en gran medida su cimiento en el supuesto de que el crecimiento económico es bueno, y que con el tiempo propiciará la corrección de cualquier problema ambiental que pueda ocasionar. Como se vio antes, en lugar de enunciar criterios específicos para promover inversiones “sustentables”, la razón en que se basa el Capítulo XI para conferir protecciones y derechos a los inversionistas es el bienestar privado.

Los otros dos párrafos preambulares tienen relación directa con la facultad de los gobiernos para tomar las decisiones necesarias y eficaces en materia de gestión pública para proteger el medio ambiente. Aunque en apariencia se formularon para garantizar la capacidad de los gobiernos para tomar las decisiones necesarias para proteger el medio ambiente como un bien público, estos párrafos preambulares no han afectado la interpretación de las disposiciones del Capítulo XI sobre las protecciones de los inversionistas. El resultado es una impresión creciente de que las disposiciones del Capítulo XI ponen en riesgo la capacidad de los gobiernos para mantener un sistema de manejo ambiental dinámico que pueda prever e impedir daños al medio ambiente y a la salud humana, lo mismo que para garantizar que se reparará cualquier daño que pueda ocurrir. De este modo, según se argumenta, una condición previa de suma importancia identificada por el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio para que la liberalización contribuya positivamente al desarrollo sustentable –la presencia de un sistema de manejo ambiental dinámico y eficaz¹²– es puesta en peligro por el funcionamiento del Capítulo XI. Es esta la problemática que trataremos ahora.

El Capítulo XI contiene cuatro disposiciones o disciplinas clave que se relacionan con la capacidad de los gobiernos para desempeñar eficazmente sus funciones de manejo ambiental. Estas son:

¹¹ TLCAN, Preámbulo, párrafos 12 a 14.

¹² Fredrickson, *supra*, nota de pie de página 10; H. Nordström y S. Vaughan, *Trade and Environment: Estudios Especiales 4*, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 1999.

- Trato nacional y el Trato de nación más favorecida (no discriminación), Artículos 1102 y 1103;
- Nivel internacional mínimo de trato (Artículo 1105);
- Prohibición de la imposición de requisitos de desempeño (Artículo 1106); y
- Disposiciones sobre la expropiación (Article 1110).

Además, la naturaleza y legitimidad de los mecanismos institucionales sobre solución de diferencias son de suma importancia. Estos se examinan separadamente en la próxima sección de este documento.

Antes de analizar brevemente cada una de las disciplinas,¹³ es menester señalar que las decisiones sobre los casos iniciados hasta la fecha al amparo del Capítulo XI han demostrado claramente que cada una de estas disposiciones se aplica a todas las medidas gubernamentales, ya sea que éstas se adopten específicamente en el contexto de una inversión particular o que sean medidas de aplicación general que afectan igualmente a inversionistas extranjeros y nacionales. Por otra parte, la gama de medidas abarcadas es sumamente amplia, incluídas las leyes, reglamentos, decisiones administrativas en materia de licencias o permisos, políticas con incidencia directa en la actividad económica, u otras posibles medidas gubernamentales.¹⁴ El abanico completo se aplica, sin excepción, a las medidas adoptadas por los gobiernos a nivel local, estatal o provincial, lo mismo que a los gobiernos nacionales. Por lo que hace a las medidas a nivel federal, las que se adoptaron antes de la entrada en vigor del Capítulo XI son abarcadas en la medida en que se sigan aplicando.¹⁵ Además, el Capítulo XI incluye amplios derechos de establecimiento en las tres Partes del TLCAN.¹⁶ En consecuencia, las disciplinas señaladas arriba se aplican tanto antes como después de que se realiza una inversión (en la medida que el derecho de establecimiento exista o que se permita de otra forma a un inversionista realizar la inversión en cuestión), al garantizar que un inversionista extranjero no sea discriminado o privado de cualquier protección mientras ejerce su derecho de establecimiento. El examen de estas disciplinas que se presenta a

¹³ Para un examen más amplio de estas disposiciones, véase Mann y Von Moltke, 1999, y Howard Mann, *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable/WWF, 2001. Se puede encontrar bibliografía reciente y que proporciona diversas opiniones en relación con lo arriba expuesto en, por ejemplo: Patrick Dumberry, "The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism: A Review of the Latest Case-Law", *Journal of World Investment*, Vol. 2, 2001, pp.151 a 195; y Daniel Price, "NAFTA Chapter 11 – Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve", *Canada-United States Law Journal*, Supplement, Vol. 26, 2001, pp. 1 a 9.

¹⁴ Hay sólo una excepción a la definición de medidas cubiertas, a saber aquellas concernientes a tasas de interés para fines de política macroeconómica. De conformidad con los principios típicos de la interpretación de los tratados, al incluir una sola excepción el texto de hecho ratifica que no se ha exceptuado ninguna otra medida.

¹⁵ Las medidas a nivel provincial y local de aplicación anterior a la entrada en vigor del TLCAN son sujetas a cláusula de exención, es decir, se encuentran incluidas en una lista de reservas. Sin embargo, nuevas medidas puestas en ejecución al amparo de legislación y reglamentos habilitantes serían cubiertas.

¹⁶ De conformidad con el TLCAN, los tres países partes debían hacer una lista de los sectores que querían excluir del derecho de establecimiento. En algunos casos estas listas son bastante largas, como en el caso del sector energético de México. Cualquier sector no incluido está cubierto por el Capítulo XI y abierto a la inversión de inversionistas de las otras dos partes del TLCAN sin discriminación alguna.

continuación se aplica tanto a la fase de toma de decisiones y de creación de la inversión, como a la de su gestión ulterior.

Un segundo punto general a señalar es que la definición de inversiones y de inversionistas es la más amplia posible, comprendiendo no sólo a la producción o al equipo de captura o recolección de recursos propiedad de extranjeros, sino también a las oficinas de venta, la inversión de cartera, y otras formas no productivas de actividad económica y financiera en los estados anfitriones. Como consecuencia, resulta difícil determinar con cierta certidumbre los elementos o condiciones mínimas necesarias que definen a una inversión.

3.1. *Trato nacional*

Un objetivo fundamental de las protecciones de los inversionistas es impedir un trato discriminatorio contra éstos con base en su país de origen. Aún así, varios aspectos clave de esta disciplina siguen sin definirse claramente. Por ejemplo, los criterios sobre el umbral que determina el tipo y grado de diferencias en el trato que provoca una violación a este artículo son poco claros: ¿Es acaso cualquier diferencia, o es una diferencia que tenga repercusiones significativas sobre las actividades de una empresa? ¿Debe ser una diferencia estipulada en la legislación (*de jure*) o simplemente una diferencia de hecho (*de facto*)? Una cuestión conexas es: ¿Qué norma sobre trato habrá de elegirse frente a la cual se pueda comparar a un inversionista, la norma al más bajo nivel dentro de una jurisdicción, la más elevada, o una norma a un nivel medio? ¿Cómo se relaciona la imparcialidad en un proceso administrativo con la evaluación de los resultados de tal proceso? ¿O bien, acaso los resultados es lo único que cuenta, por ejemplo, en una evaluación ambiental o en un proceso de decisión sobre un permiso cuya consideración depende de una gran variedad de factores?

De conformidad con el lenguaje del Artículo 1102, la respuesta a estas preguntas exige abordar dos cuestiones: ¿El inversionista está siendo tratado menos favorablemente que otro inversionista?; y ¿Cuáles inversionistas están “en circunstancias similares” para los propósitos de hacer esta comparación? En efecto, según este artículo, es solamente cuando los inversionistas están en circunstancias similares que deben ser tratados no menos favorablemente uno respecto de otro.

A raíz de los casos iniciados, se está apenas comenzando a interpretar lo que significan estos términos y cómo deben aplicarse. Aunque la jurisprudencia existente no es congruente respecto a estas cuestiones, creemos que es imperioso la aplicación de análisis en que se evalúen los diferentes contextos, a fin de determinar si los inversionistas están en circunstancias similares con respecto a otros que, según ellos alegan, constituyen un grupo de referencia adecuado. La ausencia de un enfoque basado en la aplicación de análisis en que se evalúen los diferentes contextos significa que no existen fundamentos para incluir o excluir razones para hacer diferencias de trato entre los inversionistas en un análisis de resultados. Algunas preguntas pueden ayudar a ilustrar esta preocupación: ¿Acaso una fábrica que tiene que cumplir con nuevas y más exigentes normas sobre contaminación atmosférica que una fábrica preexistente estará en circunstancias similares que una fábrica establecida algunos años atrás en la misma zona? ¿Una fábrica situada en

una cuenca hidrográfica muy utilizada estará en circunstancias similares que otra ubicada en un sitio donde el agua es limpia y abundante y donde, por consecuencia, las emisiones contaminantes orgánicas se pueden absorber fácilmente? ¿Una empresa maderera que se ubica junto a un parque nacional estará en circunstancias similares que otra situada en una área donde no hay tales emplazamientos ecológicamente vulnerables? ¿Un inversionista que utiliza un componente peligroso en su proceso de fabricación estará en circunstancias similares que un inversionista que utiliza un producto no peligroso para obtener el mismo resultado? ¿Un inversionista carente de activos en un país podrá ser discriminado al requerirle el depósito de un bono por daños ambientales o por concepto de seguro contra abandono de emplazamiento, cuando éste no se requiere a otra compañía con millones de dólares en activos en el mismo país? Todos estos tipos de situaciones podrían inducir a diferencias de trato, y hay quienes por ellas podrían incluso impedir la entrada a un mercado. Las instituciones nacionales funcionan conforme a reglas que proporcionan orientación respecto de tales cuestiones, o bien según procedimientos que permiten su consideración de manera abierta y responsable. Parecería que llevar a cabo una evaluación a nivel internacional sin contar con recursos comparables enfrenta obstáculos casi insuperables. En nuestra opinión, el examen del término “en circunstancias similares” requiere de la definición de criterios que legitimen las distinciones, así como del uso de procedimientos que aseguren la rendición de cuentas.

En el marco del derecho comercial, se ha avanzado con dificultad en el tratamiento de las complicaciones adicionales que se han añadido a conceptos que parecían sólo en broma ambiguos antes de que el derecho comercial sobrepasara sus propias fronteras. En el derecho comercial, el concepto de “producto similar” es fundamental en la aplicación del concepto principal de “no discriminación”. La jurisprudencia comercial que trata de “productos similares” ha instituido una serie de factores que se refieren principalmente a la posibilidad de sustitución de los productos. Sólo hasta hace poco, en la decisión sobre el caso *Amianto*, la jurisprudencia de la OMC ha señalado que los efectos de un producto sobre el medio ambiente o la salud humana pueden ser un factor importante para una consideración directa o indirecta en este sentido; ya sea un factor directo para la evaluación de la semejanza entre productos, o indirectamente como un factor para evaluar los aspectos del criterio que define la posibilidad de su sustitución comercial.¹⁷ Lo que es simplemente complejo en el derecho comercial parece casi insuperable desde la perspectiva del derecho de la inversión, dado que, como se señaló antes, los problemas son muy diferentes. Como quiera que se exprese, la noción de “semejanza” es igualmente fundamental en el derecho de la inversión. Pero dado que las inversiones implican numerosos factores independientes, y en particular un factor de largo tiempo ausente en el derecho comercial, el trabajo de interpretación es mucho más difícil. Nada en el Capítulo XI del TLCAN sugiere que sus negociadores eran conscientes de estas

¹⁷ *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, Informe del Órgano de Apelación, OMC, AB-2000-11, 12 de marzo de 2001. En vista de la opinión minoritaria que sobre este tema se expone explícitamente en la decisión del Órgano de Apelación sobre el caso, sigue sin determinarse el punto hasta el cual los factores relativos al medio ambiente y a la salud humana pueden entrar en juego. Sin embargo, en virtud de las diferencias entre inversión y comercio, es de fundamental importancia que tales factores influyan en el análisis de las circunstancias similares en el contexto de la inversión.

dificultades, por lo que no hay nada que ayude realmente a quienes ahora tienen que habérselas para ponerlo en ejecución.

Desde la perspectiva del desarrollo sustentable, entre los factores más importantes para definir la “ semejanza ” entre productos se encontraría lo apropiado de una inversión para la colectividad y el medio físico que la recibe, la disponibilidad de recursos e infraestructura suficientes para su funcionamiento, las estructuras y procesos judiciales aplicables, y otros factores relacionados con su establecimiento y gestión. A la fecha, los casos iniciados sugieren que un análisis en que se evalúen los diferentes contextos puede y debe aplicarse. Lograr esto es fundamental, dado que el Capítulo XI no contempla una excepción como la prevista en el Artículo XX del GATT, en virtud de la cual se proporciona un marco para examinar medidas gubernamentales incluso cuando parecen contravenir los principios básicos del acuerdo.¹⁸ Si este análisis no se hace en el contexto de la definición del término “ circunstancias similares ”, lo más probable es que de hecho no se lleve del todo a cabo.¹⁹

La segunda consideración de interpretación fundamental en el marco del Artículo 1102 es el significado de “ no menos favorable ”, como criterio para el trato de inversionistas que se encuentran en circunstancias similares. Teniendo en cuenta que este término tiene sus orígenes en el derecho comercial, se entiende que el mismo no significa trato idéntico. Sin embargo, resulta mucho menos claro saber qué significa exactamente, o qué diferencias de trato *de jure* o *de facto* son aceptables. Es poco probable que se consideren como aceptables diferencias menores o intrascendentes,²⁰ pero aún debe aclararse qué tan importantes -de hecho o de derecho- deben ser las diferencias. Como se señaló antes, el criterio acertado para comparar es casi incierto: ¿Debe usarse el criterio más elevado, el más bajo, o a un nivel medio? En algunos casos, por ejemplo, en la aplicación de procedimientos para la evaluación ambiental, ¿el trato se determinará con base en los procesos de producción empleados o teniendo en cuenta sólo los resultados de tales procesos, o forzosamente ambas cosas? Actualmente, las decisiones sobre los casos iniciados proporcionan muy pocas directrices sobre estas cuestiones.

Mientras que las decisiones sobre los casos iniciados hasta ahora han dado una señal positiva en lo que a esta cuestión se refiere –aunque están insuficientemente desarrolladas en los fundamentos para poder comparar tratos–, son muy perturbadoras respecto de otra problemática relacionada con el término “ circunstancias similares ”. Uno pensaría que la

¹⁸ Tim Burke, “Importing the ‘Aims and Effects’ Test into NAFTA Article 1102: *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*”, Tesina, Universidad de Ottawa, Facultad de Derecho, Otoño de 2001, en el archivo de los autores.

¹⁹ Durante las etapas finales de la negociación del AMI, el Presidente propuso incluir una nota de pie de página en la que se reconocerían algunas consideraciones ambientales que podrían tomarse en cuenta. Esta nota apunta hacia la dirección correcta, más no responde a la necesidad que se ha señalado aquí. “Engering Paper on Labor and Environment”, reimpreso en *Inside US Trade*, 27 de marzo de 1998, pp. 17 a 19.

²⁰ En “The Matter of an Arbitration Under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement Between Pope & Talbot Inc. and the Government of Canada”, Laudo provisorio del Tribunal arbitral, 26 de junio de 2000. Véanse también los comentarios sobre esta cuestión en Anthony van Duizer, “NAFTA Chapter 11 To Date: The Progress of a Work in Progress”, Centre for Trade Policy and Law (CTPL), Conferencia sobre el Capítulo XI del TLCAN, 18 de enero de 2002. El borrador del documento se encuentra disponible en www.carleton.ca/ctpl; el documento final será publicado por el CTPL.

comparación de circunstancias similares implicaría comparar actividades similares llevadas a cabo en el país anfitrión. Sin embargo, esto no se hizo en el caso *S.D. Myers contra Canadá*. La inversión en el Canadá por parte de la empresa Myers con sede en los Estados Unidos²¹ (S.D. Myers Canada) operaba como agencia comercial de desechos –un intermediario que quería exportar desechos generados en el Canadá a las actividades de eliminación de desechos de su empresa matriz, con sede en los Estados Unidos. El Tribunal, sin embargo, fue más allá de la comparación entre la inversión ubicada en el Canadá y otros servicios de agentes comerciales de desechos con sede en el Canadá, y preguntó si las operaciones de eliminación de desechos del inversionista con sede en los Estados Unidos estaban recibiendo trato menos favorable que el otorgado a operaciones canadienses semejantes de eliminación de desechos. De esta manera, la obligación de trato nacional se aplicó a toda línea empresarial concebida por el inversionista, incluso a las actividades ubicadas fuera del Canadá.²² Desde una perspectiva puramente económica, esto puede tener cierto atractivo, pero representa una extensión notable del ámbito de aplicación previsto del requisito de trato “nacional”. Es más, al superponer un contexto basado en el puro interés económico por sobre otro tipo de cuestiones, es una extensión que invalida un verdadero análisis en que se evalúen los diferentes contextos en el estado anfitrión.

Un último factor a señalar aquí es: ¿Qué tan ampliamente se debe definir a una inversión o a un inversionista? Es claro que actualmente no se impone al inversionista extranjero ninguna exigencia de materializar su inversión en una actividad o instalación productiva para conferirle protecciones y derechos. En el caso *S.D. Myers contra Canadá*, una oficina comercial se consideró como una inversión de conformidad con el Capítulo XI. Puede ser que esta interpretación del lenguaje del Capítulo XI haya sido correcta, pero debe cuestionarse si este es un enfoque apropiado. El mismo da a entender uno de los medios por los cuales el concepto de trato nacional se ha expandido ampliamente con respecto a convenios de inversión anteriores y en comparación con los orígenes de la protección de la inversión, para instaurar el comienzo de un nuevo sistema de derechos económicos internacionales. Las consecuencias de esto son reales: Si la oficina comercial constituye una inversión que permite iniciar un juicio, y si la cuota de mercado es un derecho de propiedad protegido –como se concluyó en los casos *S.D. Myers y Pope y Talbot*–, entonces cualquier medida que repercuta en la cuota de mercado se convierte en objeto de juicio por cualquier empresa extranjera que tenga una oficina comercial en el país anfitrión. Esto puede ser equivalente a, nada menos, que la privatización sistemática del derecho comercial internacional, y sin que se prevea expresamente en estas disposiciones la protección del medio ambiente y la salud humana u otra dimensión

²¹ La cuestión de si fue de hecho S.D. Meyers quien realizó la inversión o bien cada propietario de la empresa sigue sin resolverse; esta cuestión se está considerando en un proceso de examen judicial. El lenguaje que se utiliza aquí es una abreviación de la descripción de la inversión, no del inversionista. En nuestra opinión, el Tribunal erró al interpretar que esta distinción no era pertinente para fundamentar su jurisdicción respecto de este caso.

²² Estas cuestiones se examinan en las páginas 52 a 59 de la decisión sobre el caso S.D. Myers, en “A NAFTA Arbitration Under UNCITRAL Arbitration Rules, S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada”, Laudo parcial, 3 de noviembre de 2000.

legítima de la actividad reglamentaria gubernamental.²³ Esto puede resultar desestabilizador para los gobiernos, dado en especial el hecho de que las necesidades reglamentarias a menudo aumentarán en el transcurso de la vida de una inversión. Independientemente de que llegue o no a justificarse este temor, las líneas jurídicas generales para que el mismo se concrete ya se encuentran trazadas en la jurisprudencia.

3.2. Nivel internacional mínimo de trato

Como la mayoría de los convenios bilaterales de inversión, el Capítulo XI contiene disposiciones que exigen que los países anfitriones traten a los inversionistas extranjeros de una manera que cumpla con los niveles internacionales mínimos. Este requisito se expresa en lenguaje muy general como “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.²⁴ Exactamente lo que esto significa no se ha especificado nunca exhaustivamente en el TLCAN, ni en otros convenios de inversiones. De todos modos, cuando las disposiciones sobre inversión se utilizaban sólo como un escudo protector ello creaba poca controversia; se entendía que la intención era establecer un nivel de normas mínimas de trato justo, independientemente de que las compañías nacionales recibieran un trato igualmente malo. Pero desde que este tipo de disposiciones protectoras pasaron a utilizarse como una espada para atacar a las medidas gubernamentales²⁵, esta falta de precisión alienta sencillamente a que se dé un nuevo alcance a los reclamos al amparo de esta disciplina, reclamos que a menudo se basan en reglas y principios pertinentes a otras áreas del derecho.

La decisión sobre el caso *Metalclad* en el marco del Capítulo XI demuestra la importancia creciente de esta obligación para la legislación protectora del bienestar público. En este caso, se dictaminó que México infringía los requisitos relativos al nivel mínimo de trato debido a que había incumplido la obligación de transparencia estipulada no en el Capítulo XI sino en otras partes del TLCAN, había contravenido la ley mexicana (según dictamen del Tribunal del TLCAN, más no de los tribunales nacionales), y por no haber notificado a la empresa *Metalclad* de una reunión celebrada en el pueblo en relación con su licencia después de años de arduas negociaciones a todos los niveles de gobierno.²⁶ El Tribunal resumió sus resultados diciendo que México no logró proporcionar un marco transparente ni previsible para la planificación y la inversión empresariales, y que demostró una falta de orden en los trámites y de disposición oportuna con relación a un inversionista.

²³ Tales excepciones forman parte integral de otras partes del TLCAN, como, por ejemplo, los Capítulos VII y IX, así como del acuerdo en su totalidad mediante una referencia al Artículo XX del GATT. Sin embargo, se decidió que esta referencia cruzada no se aplica al Capítulo XI.

²⁴ Artículo 1105 del TLCAN.

²⁵ Véase el examen sobre esto en Mann, *Private Rights, Public Problems*, *supra*, nota de pie de página 13; y Peterson, *supra*, nota de pie de página 3.

²⁶ Véanse párrafos 75 a 100 de la decisión sobre el caso *Metalclad*. “*Metalclad Corporation v. United Mexican States*”, Laudo, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), Caso No. ARB (AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, reimpresso en *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Primavera de 2001.

Esta lectura sumamente amplia de los requisitos del nivel mínimo de trato fue innovadora en el derecho internacional de la inversión. No obstante, este alcance no fué aceptado en un examen judicial del caso llevado a cabo por un tribunal en Vancouver, British Columbia.²⁷ La Comisión de Libre Comercio, en una declaración interpretativa en el marco del Artículo 1131(2) del TLCAN, ha promovido un alcance más limitado, tomando por base una interpretación tradicional del derecho internacional consuetudinario de las normas internacionales mínimas. (Este procedimiento se analizará en detalle más abajo).²⁸ Sin embargo, hay quienes alegan que esta declaración es en realidad una enmienda y no una interpretación, lo que hace que esta cuestión esté siendo examinada actualmente por un tribunal en el marco del Capítulo XI.

Las evaluaciones iniciales de la obligación relativa al nivel mínimo de trato establecida en el Capítulo XI sugerían que la misma no era motivo de grave preocupación desde la perspectiva más amplia del bienestar público.²⁹ Sin embargo, esta cadena de acontecimientos y la incertidumbre que han provocado ponen de manifiesto la necesidad de definir claramente la naturaleza de todas las obligaciones contenidas en un convenio de inversiones, en lugar de dejarlas sin definir y, por consiguiente, expuestas a ser interpretadas de manera amplia, lo que puede entrañar consecuencias inesperadas. De nuevo, algunas preguntas ponen de relieve la necesidad de que los gobiernos cuenten con una mayor certeza: ¿Es realmente posible, por ejemplo, que los gobiernos tengan la obligación de corregir el asesoramiento legal deficiente recibido por un inversionista, como se decidió en el caso *Metalclad*? ¿Acaso la seguridad proporcionada por un burócrata de que cierto evento tendrá lugar o no, de acuerdo con la ley de un nivel de gobierno diferente al suyo, puede comprometer al país a todos los niveles de gobierno? ¿Acaso cualquier medida gubernamental, conversación, o cualquier comunicación escrita de un funcionario a cualquier nivel de gobierno puede bastar para decidir que se ha incumplido el Artículo 1105, como lo sugiere el laudo final sobre el caso *Pope y Talbot*? Estas posibilidades sugieren normas nunca antes aplicadas en el derecho nacional ni el derecho internacional, mismas que pueden o no ser descartadas por la declaración interpretativa del 31 de julio de 2001.

3.3. Requisitos de desempeño

El Artículo 1106 del TLCAN prohíbe a los gobiernos imponer lo que se conoce como “requisitos de desempeño”. Esto significa que los estados no pueden imponer ciertas reglas a la operación de una inversión extranjera, independientemente de que tales reglas se impongan a los inversionistas nacionales. El Artículo 1106 prohíbe a los gobiernos anfitriones imponer a un inversionista requisitos tales como los siguientes:

²⁷ *United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, S.C.B.C., 2 de mayo de 2001.

²⁸ La declaración del 1º de agosto de 2001 puede encontrarse adjunta a un comunicado de prensa en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/menu-e.asp> De conformidad con el Artículo 1131(2) del TLCAN, esta declaración tendrá fuerza obligatoria para cualquier órgano arbitral establecido en virtud del Capítulo XI en lo que al Artículo 1105 se refiere.

²⁹ Véase, por ejemplo, Mann y von Moltke, 1999.

- exportar un determinado porcentaje de la producción;
- usar un nivel determinado de insumos o servicios locales en las operaciones empresariales, o mostrar de otro modo una preferencia por los bienes o servicios nacionales;
- generar una afluencia de divisas como resultado de las importaciones o exportaciones de la compañía;
- el uso o la transferencia de ciertas tecnologías (con algunas excepciones); o
- el empleo de tipos o niveles específicos de personal.

La prohibición de la imposición de requisitos de desempeño proporciona el ejemplo típico de la evolución de las protecciones de los inversionistas hacia la creación de un sistema de derechos económicos internacionales para las empresas privadas. El objetivo de este sistema es prohibir a un gobierno anfitrión la imposición de condiciones que puedan limitar la capacidad de un inversionista para lograr la eficiencia económica y ganancias.

Originalmente, se preveía que esta cláusula se aplicaría sólo a las medidas específicamente dirigidas a un inversionista extranjero o su inversión. Por consiguiente, aunque la cláusula cubría todas las etapas del ciclo de vida de la inversión –desde su inicio, pasando por la operación, hasta su terminación– se pensó que sólo se aplicaría a una variedad limitada de medidas. Los casos iniciales han demostrado lo contrario. Está claro ahora que en virtud del Capítulo XI incluso las medidas no discriminatorias de aplicación general (o sea, medidas no dirigidas a un inversionista ni a un sector específicos), tanto nuevas como preexistentes, pueden ser consideradas como requisitos de desempeño.³⁰ Usando este razonamiento, se puede argumentar, y de hecho se ha argumentado, la prohibición de importar un producto utilizado por los fabricantes es en efecto un requisito de usar productos locales sustitutos. El resultado es que los inversionistas extranjeros que pudieran ser afectados por tal prohibición tienen ahora la posibilidad de circunvenir el proceso arbitral tradicional de Estado a Estado para desafiar tales medidas comerciales –un proceso que ha sido el sello distintivo del desarrollo del derecho comercial en el TLCAN y en la OMC–, y al poder impugnar directamente ellos mismos la medida en cuestión. En virtud de la decisión sobre el caso *Ethyl contra Canadá*, este asunto se ha abordado y ha sido aceptado como una cuestión sujeta a examen arbitral.³¹ El fondo del caso nunca se examinó, dado que el Canadá lo solucionó mediante el retiro de la medida en cuestión y el pago de una indemnización. No obstante, se está planteando otra vez en un nuevo caso que se encuentra en su etapa inicial de notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje, presentada por la empresa Crompton Corp. contra el Canadá.³²

Aunque aún ninguna decisión final de ningún caso ha confirmado esta interpretación del Artículo 1106, ya existen los elementos necesarios para que la misma se produzca, lo cual

³⁰ Casos *S.D. Myers contra Canadá*, párrafos 289 a 300; *Pope y Talbot contra Canadá*, párrafo 74; y *Ethyl contra Canadá*, Laudo sobre la Jurisdicción en el caso TLCAN/CNUDMI entre la empresa Ethyl y el Gobierno del Canadá, 24 de junio de 1998, párrafos 62 a 64. No existe ninguna jurisprudencia en contrario.

³¹ *Ethyl contra Canadá*, Laudo sobre la jurisdicción, *ibid*.

³² Notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje en virtud de la Sección B del Capítulo XI del TLCAN, *Crompton Corp. contra Canada*, Noviembre de 2001, párrafos 37 a 39.

es preocupante. Como ocurre con la posible combinación de las interpretaciones de inversionista, derecho de propiedad y expropiación (ver más abajo) que se examinaron en relación con la cuestión del trato nacional, esta disposición podría convertirse ahora en un medio que permita a un inversionista extranjero poner en tela de juicio cualquier medida que repercuta en sus operaciones, con base en el argumento de que la misma constituye un requisito de desempeño. La sola posibilidad de que esto ocurra puede debilitar seriamente la capacidad de los gobiernos para proteger la salud humana y el medio ambiente de los actos de los inversionistas. De nuevo, se trata de un caso en que no se evaluó del todo el alcance potencial de una disposición durante su redacción.

3.4. Expropiación

El Capítulo XI establece protecciones contra la expropiación, mismas que los órganos de arbitraje han expandido para abarcar los elementos de una interpretación extrema del concepto estadounidense de “confiscación reglamentaria” –o “regulatory takings” en el lenguaje legal de los Estados Unidos. Esta interpretación amplia implica que toda medida regulatoria que repercuta sobre las posibilidades de una empresa para generar ganancias constituye una expropiación que exige el pago de indemnización. El efecto de este enfoque, si es que se sigue en otros casos u otros convenios, será que se obligará a los gobiernos a pagar una indemnización a los inversionistas extranjeros cuando cualquier reglamento sobre la protección del medio ambiente, la salud humana, el bienestar público o los intereses de la colectividad, afecte la capacidad de éstos para obtener ganancias de su inversión. Esta interpretación de expropiación, que se aplica incluso si un reglamento es absolutamente no discriminatorio con respecto a cualquier y a todos los inversionistas, nunca antes se había considerado en el marco del derecho internacional. Un tribunal canadiense reconoció lo anterior, al haber examinado y confirmado una tal decisión arbitral.³³

Las disposiciones del Capítulo XI sobre expropiación constituyen la cuestión más debatida en lo que respecta a la relación entre las protecciones de los inversionistas y la protección del medio ambiente y del bienestar humano. El Artículo 1110 del TLCAN exige que cualquier expropiación de la inversión de un inversionista extranjero sea por causa de utilidad pública y sea acompañada de indemnización. Esto es congruente con los enfoques sobre la expropiación gubernamental de casi todos los países de la OCDE, en donde no basta que un gobierno expropie la propiedad sencillamente por causa de utilidad pública; debe pagar una indemnización. La pregunta fundamental que detona esta disposición es: ¿Cuáles medidas gubernamentales constituyen una expropiación –o un “taking” en el lenguaje legal de los Estados Unidos– de la propiedad privada por parte de un gobierno, en primer lugar, y por consiguiente crean la obligación de pagar una indemnización?³⁴ Distintos países han desarrollado distintos enfoques sobre esta cuestión.

³³ *Los Estados Unidos Mexicanos contra Metalclad*, Tribunal Supremo de British Columbia, 2001 BCSC 664.

³⁴ La cuestión clave de lo que constituye una confiscación –o “taking”– se debate ampliamente en los Estados Unidos en particular, país donde sigue sin definirse la esfera total de la protección constitucional de los derechos de propiedad privada. En la mayoría de países las autoridades cuentan con gran flexibilidad antes de reconocer una confiscación. Sin embargo, en los Estados Unidos esta cuestión continúa siendo debatida y tiene una dimensión de derecho constitucional fundamental. Uno de los factores que ha hecho

En ausencia de un principio de deferencia a la legislación nacional, y ante la falta de criterios para la aplicación de tal principio a la solución de controversias en el marco del TLCAN, estas disposiciones constituyen para las empresas una incitación a la búsqueda de árbitros que propugnarán opiniones especialmente acusadas sobre la cuestión de la confiscación y que tendrán predisposición a aplicar tales opiniones al seleccionar un tercer panelista y al trabajar en la dinámica de un panel conformado por tres personas.

Los problemas de bienestar público planteados aquí son profundos y difíciles. ¿En qué medida se aplicaría el Artículo 1110 a las leyes y los reglamentos que protegen el medio ambiente y/o la salud humana de los productos peligrosos, de la contaminación y de las actividades peligrosas? ¿Puede la fijación de normas ambientales altas venir a ser lo mismo que la expropiación si repercute en las actividades empresariales?

Los primeros temores de los grupos ambientalistas y de otros se centraban en el hecho de que el Artículo 1110 del TLCAN prohíbe tres “tipos” de expropiación –la expropiación directa, la expropiación indirecta, y las medidas equivalentes a la expropiación. En los casos examinados hasta la fecha se ha sostenido que estos dos últimos términos tienen el mismo significado: son medidas que no confisican directamente la propiedad del inversionista, pero que equivalen a ello. Por ejemplo, un impuesto empresarial suficientemente alto recaudado de una compañía específica tendría al final el mismo efecto que una expropiación directa. Esto es también congruente con la minuciosa creación del concepto de expropiación “progresiva”, según el cual las medidas que causan progresivamente el efecto de una expropiación se consideran simplemente como tal.

Aunque este problema particular no parece seguir guardando relación con el debate en torno al concepto de expropiación, una segunda inquietud planteada inicialmente por al menos una crítica evaluación que se hizo del Capítulo XI se ha materializado. La misma se refiere a la manera en que el Artículo 1110 se relaciona con lo que se llama el ejercicio de “poderes regulatorios” por parte de un país que ha promulgado una medida.³⁵ En virtud del concepto tradicional del derecho internacional acerca del ejercicio de los poderes regulatorios, cuando un Estado actuaba de una manera no discriminatoria para proteger bienes públicos tales como su medio ambiente, la salud de su población u otros intereses relativos al bienestar público, se entendía que esas acciones quedaban fuera del alcance de lo que significaba una expropiación. En términos del derecho comercial, esto era un “labrado” hecho a partir de las reglas aplicables. Tales actos sencillamente no estaban comprendidos en el concepto de expropiación, no eran una confiscación de propiedad, y no se debía pagar ninguna indemnización en virtud del derecho internacional.

que el Capítulo XI sea especialmente desconcertante para los ambientalistas en E.E.U.U. , y ahora también crecientemente para los ambientalistas y otros observadores en los tres países partes del TLCAN, es la cada vez mayor posibilidad de que una cuestión de derecho constitucional en los Estados Unidos –cuestión que tiene enormes implicaciones prácticas para todos los encargados de reglamentar el medio ambiente– pueda ahora decidirse no a través del desarrollo de la jurisprudencia nacional, sino a través de los esencialmente inapelables fallos de tribunales *ad hoc* establecidos en el marco del Capítulo XI, que se reúnen a puertas cerradas en el contexto de un proceso moldeado a partir del arbitraje privado y basado en fuentes de derecho no nacionales.

³⁵ Este tema fue planteado y explorado por primera vez en Mann y von Moltke, 1999.

Dicho de una manera más sencilla, si la regla relativa a los poderes regulatorios se reconoce en el marco de la disposición sobre expropiación del Capítulo XI, las leyes o reglamentos de protección del medio ambiente y de la salud no se considerarán como expropiaciones.³⁶ En cambio, si la regla no se reconoce, incluso ejercicios normales de la autoridad regulatoria gubernamental se pueden considerar como expropiaciones que requieren pago de indemnización. Esta es la cuestión en que se centra la “batalla” interpretativa que se libra actualmente en torno al ámbito de aplicación de las disposiciones sobre expropiación.

Ningún caso de este tipo parece haber existido antes del TLCAN. Es seguro que se han tratado problemas relativos a la expropiación progresiva, pero nunca en el contexto de la reglamentación en materia del bienestar público. De este modo, es la jurisprudencia del Capítulo XI que destaca en el contexto de esta problemática, y es el caso *Metalclad* que proporciona la decisión más clara al respecto. En lugar de analizar si el gobierno mexicano actuó de una manera incompatible con el ejercicio normal (no confiscatorio) de sus poderes regulatorios, el Tribunal dice expresa y llanamente que el Tribunal no necesita decidir ni considerar cuál es la motivación o intención de la adopción de la medida ambiental en cuestión en ese caso.³⁷ En cambio, en la prueba utilizada en el caso *Metalclad* se consideró sólo la magnitud del impacto que tenía sobre el inversionista la medida en cuestión:

*De este modo, la expropiación de conformidad con el TLCAN comprende no sólo la confiscación abierta, deliberada y admitida de la propiedad...sino también la injerencia encubierta o incidental en el uso de la propiedad, que produce el efecto de privar al propietario, en su totalidad o en una parte importante, del uso o el beneficio económico razonablemente esperado de la propiedad, aunque no sea claramente en beneficio del Estado anfitrión.*³⁸

³⁶ Las medidas comprendidas en el ámbito normal de la regla relativa a los poderes regulatorios estarían aún sujetas a examen en virtud de las disposiciones del Capítulo XI sobre trato nacional y nivel internacional mínimo de trato, entre otras. Desde luego que no siempre es fácil determinar el alcance de los poderes regulatorios legítimos de un Estado; puede depender del tipo de ley o reglamento en cuestión. Por ejemplo, medidas de protección que limitan la emisión de contaminantes o establecen controles o prohibiciones de ciertos productos peligrosos, se considerarán por lo general como dentro de la esfera del ejercicio normal de los poderes regulatorios. Por otro lado, las medidas que confiscan la tierra para crear un parque nacional son por lo general sujetas a indemnización en la mayoría de sistemas jurídicos, y bien pueden no estar excluidas de la regla relativa a los poderes regulatorios. Aún así, la cuestión de lo que constituye un ejercicio normal (no confiscatorio) de los poderes regulatorios varía en cierta medida según la costumbre y práctica nacionales.

³⁷ Decisión *Metalclad*, párrafo 111. La medida en cuestión era la creación de una reserva ecológica que comprendía terrenos de propiedad de Metalclad, impidiendo su posible uso para un establecimiento de eliminación de desechos peligrosos, que Metalclad tenía la intención de instalar allí. Si el Tribunal hubiera dictaminado que tal cambio en el uso de tierra, aunque fuera de interés público, exigía el pago de indemnización a los propietarios –como sucede en casi todos los países de la OCDE y en muchos otros –, se hubiera al menos encontrado cierto análisis de los temas pertinentes a la aplicación de la regla de los poderes regulatorios, y la preocupación que deriva de este caso habría disminuído.

³⁸ Decisión sobre el caso *Metalclad*, párrafo 103.

Este mismo enfoque se repite en la decisión sobre el caso *Pope y Talbot contra Canadá*.³⁹ La identificación de este singular criterio, aunado a lo que a tenor de la decisión sobre el caso *Metalclad* parece ser un completo rechazo de la capacidad para ejercer los poderes regulatorios, es lo que ha provocado tantas inquietudes.

Algunas preguntas siguen sin encontrar respuesta en relación con este criterio: ¿Qué constituye un impacto significativo?⁴⁰ ¿Qué es un beneficio económico razonablemente esperado cuando parte de ese beneficio se produce a costa del medio ambiente de otros? ¿Acaso esta última cuestión debe proveer la base para evaluar la cuantía de los daños ambientales o para evaluar si en primer término tiene lugar una expropiación que requiere de alguna indemnización?⁴¹ Más aún, es menester señalar que el tribunal que revisó el caso *S.D. Myers* dijo que la acción regulatoria del gobierno no se interpreta normalmente como expropiación. Lamentablemente, la decisión crea una verdadera ambigüedad; declara que la razón principal por la cual la medida en ese caso no equivale a una expropiación es que tiene carácter temporal y un impacto temporal, de ahí que podamos aducir que esta decisión retrocede sospechosa y cercanamente al criterio de grado de impacto fijado en el caso *Metalclad*.⁴²

Estos “cabos sueltos” son causa de cierta esperanza de que el criterio fijado en el caso *Metalclad* pueda no ser tan acotado y árido como lo parece. No obstante, la situación actual sigue siendo que el criterio de escala de impacto enunciada más expresamente en la decisión sobre este caso es el único criterio coherente que ha resultado de todos los casos examinados en el marco del TLCAN. A lo más, este enfoque limita considerablemente el alcance de la regla de los poderes regulatorios. De manera más realista, sin embargo, el mismo parece eliminar de hecho la consideración de esta prueba tradicional del derecho internacional en el examen de un reclamo referente a una expropiación. Según este razonamiento, independientemente de la finalidad, la indemnización debe pagarse si hay un impacto significativo. Esto es alarmante dado que *cualquier ley ambiental que merezca la pena adoptar* afectará a las operaciones empresariales y a menudo podrá poner término al uso o al comercio de ciertos productos, y por consiguiente tendrá un impacto significativo sobre la empresa en cuestión. El efecto final de esta nascente doctrina del TLCAN sería revertir un principio bien aceptado de la política ambiental sensata: que los costos ambientales de las actividades económicas deben reflejarse en los precios, de modo que quienes contaminan sufragan el costo de su

³⁹ Decisión sobre el caso *Pope y Talbot*, párrafos 96 a 105.

⁴⁰ Se puede argumentar que, conforme al análisis jurídico internacional tradicional, se trata de una expropiación si el inversionista pierde todo o esencialmente todo el valor de una inversión por causa de una acción gubernamental que va más allá del ejercicio normal de los poderes regulatorios hasta el punto de tener carácter confiscatorio. En los Estados Unidos, la doctrina sobre la “pérdida de todo el valor” y la cuestión de los poderes regulatorios normales están relacionadas porque el “valor” de una propiedad se considera sujeto al ejercicio normal del poder regulatorio local. Por lo tanto, generalmente se considera que un inversionista goza de una expectativa razonable de extraer un beneficio de su propiedad sólo en la medida posible en virtud de las aplicaciones legítimas de los poderes regulatorios. El análisis completo de este tipo de cuestiones en el marco del derecho nacional e internacional es complejo y va más allá del alcance de este documento.

⁴¹ Esta propuesta, que el IIDIS considera esencialmente viciada, se aborda como un enfoque en T. Weiler, “A First Look at the Interim Award in *S.D. Myers Inc. v. Canada: Is it Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection*”, *Hastings International & Comparative Law Review*, Vol 24, pp. 173 y subsecuentes.

⁴² Decisión del caso *S.D. Myers contra Canadá*, párrafos 279 a 287.

contaminación en lugar de gozar de un derecho para contaminar por cuya cesión deban recibir un pago.

Las inquietudes de muchos grupos de la sociedad civil en torno a la cuestión de la expropiación parecen tener fundamentos suficientes. Por más necesario o valioso que sea un nuevo texto legislativo o de reglamentación, las circunstancias desfavorables al mismo se acumularán continuamente mientras los encargados de regular computen los costos de los potenciales reclamos de indemnización de empresas afectadas según las disposiciones sobre expropiación del Capítulo XI. En efecto, si los gobiernos tuvieran que prever si una medida para proteger el medio ambiente o la salud humana está cubierta por el concepto de expropiación, ello podría tener (y ya parece estar teniendo) una repercusión significativa sobre la libertad gubernamental para promulgar reglamentaciones firmes encaminadas a proteger el medio ambiente u otros aspectos del bienestar público.

4. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y EL DESARROLLO SUSTENTABLE

Hasta ahora hemos examinado la razón de ser y la estructura básica de los convenios de inversión, recurriendo al Capítulo XI como el ejemplo más importante de tales convenios. Hemos abordado algunos de los problemas de sustentabilidad en relación con disciplinas específicas estipuladas en estos acuerdos, de nuevo, sirviéndonos de la jurisprudencia en el marco del Capítulo XI para ofrecer detalles sobre los mismos. En la presente sección examinaremos las cuestiones relativas a la solución de controversias en virtud del mecanismo de arbitraje “inversionista-Estado” previsto en el Capítulo XI.

La principal cuestión que se analiza aquí es la referente a la legitimidad de este proceso como un mecanismo para resolver el tipo de controversias que involucran el bienestar público, y que son ahora el elemento más importante de los litigios en el marco del Capítulo XI. El punto central del problema sobre la legitimidad tiene su origen, por un lado, en la ausencia de transparencia total en los procedimientos y, por el otro, en la falta de un marco institucional capaz de dirigir el proceso de una manera abierta al público.

4.1. Transparencia

El proceso de arbitraje inversionista-Estado, siendo el principal proceso de solución de controversias ligadas con la protección de los derechos de los inversionistas al amparo del Capítulo XI, se basa exclusivamente en tres mecanismos de arbitraje preexistentes: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el Mecanismo Complementario del CIADI, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Cada uno de estos órganos cuenta con un conjunto de reglas de arbitraje, basadas en un modelo de arbitraje comercial tradicional. Cada uno sigue los pasos básicos siguientes:

- Una parte privada somete una reclamación a arbitraje;
- El Estado responde;

- Cada una de las partes elige su propio árbitro y, de manera neutral, se nombra a un tercero (por lo general, teniendo como base una lista seleccionada de árbitros especializados en comercio internacional);
- Se acuerdan los detalles de las reglas de procedimiento;
- Se inician los procedimientos mediante una serie de presentaciones de alegatos escritos y audiencias orales; y
- El panel arbitral emite un fallo o decisión.

Con unas cuantas excepciones, son estas reglas de procedimiento preexistentes las que rigen el proceso de arbitraje en el marco del Capítulo XI. Además de los pasos de procedimiento, estas reglas, al valerse de un modelo tradicional de arbitraje comercial, también tienen en común una aversión hacia la transparencia y hacia permitir la participación pública en los procedimientos. Como corolario de esto, los primeros procedimientos que se realizaron con arreglo al Capítulo XI tuvieron lugar en secreto casi absoluto. Incluso no se supo de la existencia de muchos casos sino hasta bastante después de su comienzo. Es más, ninguno de los procedimientos ha estado abierto al público o a la prensa, y hasta la fecha sólo en un caso se han puesto a disposición los alegatos escritos del inversionista y del Estado.⁴³ La única área en que se garantiza el acceso al público es la de los laudos o decisiones finales, y ello únicamente en los casos de el Canadá y de los Estados Unidos. México se reserva el derecho de mantener los laudos en secreto en los casos en que es parte, aunque hasta la fecha no lo ha hecho.

En agosto de 2000, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS) petitionó por primera vez al Tribunal encargado de examinar el caso *Methanex contra Estados Unidos* el otorgamiento del estatus de *amicus curiae*. En su presentación de razones para hacer tal petición, a las que posteriormente se sumaron otras tres ONG, el IIDS alegaba en particular que la naturaleza del litigio en cuestión, al involucrar el interés público y al poner en tela de juicio la promulgación de una ley para la protección del medio ambiente, exigía un mayor grado de acceso al público y accesibilidad que en los casos de arbitraje comercial tradicionales. El Canadá y los Estados Unidos apoyaron la petición del estatus de *amicus*; México y Methanex Corp. se opusieron. El Tribunal respondió favorablemente al señalar que:

Este arbitraje involucra indudablemente el interés público. Las cuestiones fundamentales van más allá de las que se plantean en el arbitraje transnacional usual entre partes privadas. Esto no se debe sólo al hecho de que una de las Partes en el litigio es un Estado... El interés público en este arbitraje deriva del objeto de la controversia, como convincentemente se sugirió en las Peticiones. Existe también una razón más amplia, como sugirieron los [Estados Unidos] y el Canadá: el proceso de arbitraje en el marco del Capítulo XI podría beneficiarse de ser percibido como más abierto o transparente o, a la inversa, ser perjudicado por ser visto como demasiado hermético. (Para. 49)

⁴³ Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, los alegatos completos se han hecho disponibles al público únicamente en lo que concierne al caso *Methanex contra Estados Unidos*, caso que aún se encuentra en la etapa de examen de los procedimientos concernientes a la jurisdicción.

Aunque se prevé un dictamen que autorizará la presentación de memorias de *amicus* –si es que los procedimientos concernientes a la jurisdicción resultan en una resolución que permita proceder al examen del fondo del caso–, antes de hacer tal presentación se negó el permiso tanto para asistir a las audiencias como para tener acceso a los alegatos escritos de las partes. Sobre estas cuestiones, el carácter confidencial de los procedimientos perdura, a menos que las partes decidan explícitamente lo contrario.

El IIDS reconoce el importante paso dado por el Tribunal en el caso *Methanex*.⁴⁴ Sin embargo, este paso por sí mismo no supera la falta de transparencia restante en el proceso de arbitraje inversionista-Estado. Como señalara el Tribunal, la importancia de la credibilidad de este proceso y de su aceptación pública es real y de valor considerable. Se carece de ambas cosas. En efecto, en ninguna otra parte se advierte de forma tan contundente el carácter antidemocrático del TLCAN que en el proceso de solución de controversias inversionista-Estado.

Para el verano de 2001, el problema de la transparencia se había convertido en uno de los temas más importantes del programa de trabajo del TLCAN. Esta cuestión fue el tema central de la mayoría de los términos de la declaración interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del 31 de julio de 2001. Aún así, el efecto de la declaración sobre el fundamento jurídico para la transparencia fue mínimo. Un análisis reciente de la declaración pone de relieve tanto la inexistencia de importantes partes del proceso de arbitraje dentro del ámbito de aplicación de la misma, como la falta de fuerza obligatoria de la parte de la declaración relativa a los tribunales. Esto se debe a que su redacción propiamente dicha defiere a la decisión de cada tribunal, según las reglas arbitrales, el establecimiento de sus propias reglas de procedimiento, incluyendo las reglas relativas al carácter confidencial de la documentación. Además, nada en la declaración supera la obligación de dirigir los procedimientos en secreto, cerrados a la prensa y al público.⁴⁵ En síntesis, aunque en la declaración se reconoce la dimensión política del problema de la transparencia, no se logra abordar de manera jurídicamente vinculante los pormenores de tal problema.

4.2. El vacío institucional

Tan importante es la falta de transparencia como la falta de capacidad institucional para conducir el proceso de solución de controversias y remediar los principales problemas

⁴⁴ Para un examen de la decisión completa, véase Howard Mann, “Opening the Doors, At Least a Little Comment on the Amicus Decision in *Methanex v. United States*”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 10, 2001, pp. 241 a 245; y Patrick Dumberry, “The Admissibility of *Amicus Curiae* Briefs in NAFTA Chapter 11 Proceedings: Some Remarks on the *Methanex* Case, A Precedent Likely to Be Followed by Other NAFTA Arbitral Tribunals”, *Boletín*, 2001, Association Suisse de l’arbitrage, pp. 74 a 85.

⁴⁵ Van Duzer, *supra*, nota de pie de página 20; IIDS, Nota sobre la reunión de la Comisión del TLCAN del 31 de Julio de 2001, Iniciativa para aclarar las disposiciones sobre inversión del Capítulo XI. Esta nota se puede encontrar en http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_nafta_aug2001.pdf

que surgen. El proceso es totalmente ad-hoc, y los problemas comienzan a presentarse en las primeras etapas del litigio; ni siquiera existe una forma segura de enterarse si un litigio ha comenzado. Aunque es probable que esto sea aceptable desde la perspectiva del arbitraje comercial, contraviene los principios más fundamentales de la rendición de cuentas cuando el bienestar público es materia de discusión. El CIADI ha comenzado recientemente a publicar una lista de litigios en curso, pero la CNUDMI no aplica un requisito similar. Los negociadores han reconocido la importancia de este problema y han ofrecido el establecimiento de un registro público de notificaciones de arbitraje presentadas, que será mantenido por el Secretariado del TLCAN. Sin embargo, el Secretariado está compuesto de tres secciones nacionales ubicadas en cada ciudad capital, es decir, no cuenta con un punto central de contacto. La obligación de mantener este registro ha de hecho sido una decepción, dado que ninguna de las secciones nacionales tiene responsabilidades por encima de las otras que trasciendan sus intereses nacionales.

La elección de árbitros corresponde a las partes en un litigio. Esto puede ser aceptable desde la perspectiva del arbitraje comercial, pero cuando el bienestar público es materia de discusión, de nuevo contraviene uno de los principios más fundamentales de la jurisprudencia, a saber, que las partes en un litigio no deben elegir a sus propios jueces. Por otra parte, al no existir una lista permanente de árbitros, la rendición de cuentas de las personas que sirven como tales es severamente atenuada. En la mayoría de las sociedades, los privilegios que se concede a los jueces se contrapesan por lo general con requisitos relativos a la accesibilidad pública y transparencia de los procedimientos. Por otro lado, no se espera que los árbitros estén familiarizados con el Capítulo XI, mucho menos que sean expertos al respecto o en materia de derecho internacional de la inversión en general, y menos aún en cuanto al tipo de cuestiones de derecho ambiental nacional e internacional que se han presentado en los casos. A lo más, los árbitros seleccionados para tratar los casos de litigio en el marco del TLCAN han sido personas de alto prestigio, algunos de los cuales tienen gran experiencia como jueces pero no necesariamente en América del Norte. Algunas elecciones sugieren que la parte en cuestión la ha hecho con la intención de asegurar su interés propio. La razón central de la observación que se hace sobre la necesidad de contar con salvaguardias institucionales como las que se examinan en esta sección, es que las mismas son concebidas para proporcionar seguridad sobre la legitimidad del proceso, por muy honorables –o incluso deshonestos– que sean los árbitros.

El Capítulo XI no estipula un proceso formal de apelación. Esta etapa se confía a un proceso ad hoc de examen judicial con arreglo a diversos estatutos locales que varían en cuanto al alcance y la calidad del examen. Dada la importancia del Capítulo XI en el contexto del TLCAN, y en vista de su ahora obvia conexión con cuestiones fundamentales relativas a la política oficial y al bienestar público, esta carencia de un marco institucional representa una deficiencia crítica.

Algunos observadores han sugerido que la “jurisprudencia” del Capítulo XI encontrará soluciones pragmáticas a muchos de los problemas que se han presentado. Las deficiencias institucionales y de procedimiento que se han descrito arriba reducen la probabilidad de que esto suceda. Lo que es más importante, la falta de transparencia convierte a la noción de “jurisprudencia” en un castigo o en una propuesta fallida: nunca se tiene la seguridad de que toda la información pertinente está disponible. No se pueden

corroborar las declaraciones de las partes en el litigio en el sentido de que la información necesaria se ha hecho pública, y no existe ninguna norma objetiva frente a la cual se puedan juzgar tales declaraciones. Es igualmente de gran importancia la falta de instituciones que fomenten un sentido de responsabilidad colectiva de parte de los miembros de los paneles. Es más, las obligaciones más apremiantes de éstos son en relación con los aspectos específicos del litigio que tienen ante sí y no con algún propósito institucional que pase por encima de todo. En efecto, los miembros de paneles tienen prohibido, por razones profesionales, adoptar conductas “estratégicas” que puedan convenir a remediar algunos de los defectos en el texto del acuerdo.

Es bastante obvio hoy en día que los negociadores –ellos mismos honorables hombres y mujeres– crearon un proceso cuasi judicial, sin reflexionar mucho sobre algunos de los principios más fundamentales que sustentan la administración de justicia en los países de América del Norte. Esto es inexplicable, a menos que se suponga que no eran conscientes de las implicaciones de sus acciones sobre el bienestar público. Hay una cierta ironía en el hecho de que los Estados Unidos se han opuesto a la creación de un Tribunal Penal Internacional recurriendo para ello a una colección completa de salvaguardias institucionales por miedo a perjuicios para sus ciudadanos. Sin embargo, ha aceptado la jurisdicción de paneles arbitrales que no reúnen algunos de los criterios más elementales de probidad institucional cuando es el bienestar público lo que está en juego.

En la mayoría de países democráticos, las más importantes decisiones en materia de inversiones suponen un serio compromiso institucional de parte de las autoridades públicas para asegurar la promoción de los bienes públicos imprescindibles, brindar el apoyo necesario a los inversionistas, y asegurar que las controversias entre inversionistas y las autoridades públicas a todos los niveles puedan examinarse conforme a circunstancias que todas las partes reconocen como legítimas y equitativas. Esto incluye las audiencias administrativas (a menudo a varios niveles y de composición cambiante), la transparencia, las evaluaciones ambientales, la participación pública y el examen judicial. Todo ello dentro de un complejo marco de derecho sustantivo y procesal. Un proceso internacional que se substituye a sí mismo por estos procedimientos nacionales debe cumplir con las mismas normas fundamentales de legitimidad, rendición de cuentas y equidad que se han aplicado a nivel nacional. Si no, resultará inevitablemente en el menoscabo de los valores fundamentales de muchos de los países en cuestión.

Debe enfatizarse que nada de lo expuesto anteriormente constituye un argumento contra la solución de controversias entre inversionistas y estados en sí. Los estados no invierten en otros estados, y no corresponde a los gobiernos adoptar el papel de asesor jurídico de sus ciudadanos respecto de asuntos de índole privada en el extranjero. La lógica de la globalización, con su resultante aumento de actos de índole privada a nivel internacional y la necesidad concomitante de un marco jurídico para promover la justicia, en realidad señala en dirección hacia la creación de importantes instituciones internacionales. De hecho, este proceso está ya en marcha. Hay también un creciente número de cuestiones relativas al bienestar público internacional que no pueden seguir siendo defendidas por cada estado actuando sólo a través de sus instituciones. Estas cuestiones crean también una dinámica hacia el surgimiento de una jurisdicción internacional. Sin embargo, nada de esto justifica la renuncia a los principios más fundamentales de legitimidad, transparencia y rendición de cuentas que se han perfeccionado a lo largo de muchos años

para asegurar que los intereses privados y el bienestar público puedan contrapesarse adecuadamente. Por otra parte, nada de esto disminuye el imperativo de asegurar que el derecho de la inversión incorpore las responsabilidades de los inversionistas mismos, así como sus derechos. Más abajo examinaremos de este imperativo.

5. OPCIONES PARA EL CAMBIO

La inclusión de disposiciones que impulsen el desarrollo sustentable puede considerarse como una dirección positiva para el derecho internacional de la inversión. Al mismo tiempo, abordar la interpretación de las disposiciones específicas sobre la protección de los inversionistas (del Capítulo XI y otros convenios) puede hasta cierto punto interpretarse como “controlar los daños”. Esto es, asegurar que los aspectos legítimos de la protección de los inversionistas no se procuren a expensas de la función gubernamental de proteger los bienes y el bienestar públicos. Más abajo se examinan algunas opciones relacionadas con estas dos categorías. Las opciones para el cambio deben también considerarse teniendo en mente otros dos criterios: opciones particularmente pertinentes para el Capítulo XI, y opciones orientadas hacia la formulación de nuevos convenios de inversión. De nuevo, ambos tipos de opciones se examinan más abajo.

5.1. Opciones para el Capítulo XI: Una declaración interpretativa y una enmienda

En 1999, el IIDS presentó una propuesta para formular una declaración interpretativa con arreglo al Artículo 1131(2) del Capítulo XI, orientada a remediar algunos de los defectos del proceso que instituye este capítulo que para entonces se habían puesto de manifiesto. El Artículo 1131(2) exige que los tribunales establecidos de conformidad con el Capítulo XI apliquen cualquier interpretación que formule la Comisión de Libre Comercio sobre las disposiciones del Tratado. En derecho internacional esto se conoce como una declaración interpretativa. Mientras que una declaración interpretativa formalmente emitida por las partes de un tratado no necesariamente tiene fuerza obligatoria sobre un órgano de solución de controversias, en virtud del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el Artículo 1131(2) del TLCAN la hace totalmente obligatoria. Esto fue en esencia una válvula de escape insertada en el Capítulo XI para permitir a las partes cierto control sobre la evolución del Capítulo. El enfoque que propugnara el IIDS se basó en dos razones principales:

La primera razón era que para entonces México no estaba dispuesto a realizar ningún examen significativo de las disposiciones del Capítulo XI, pues creía que los casos resolverían cualquier supuesto problema. De este modo, una declaración interpretativa era vista como una respuesta a esta renuencia. De todas formas, los casos subsiguientes no aclararon la situación como se esperaba. De hecho, algunos nuevas cuestiones inquietantes han surgido.

La segunda razón fue la esperanza de que una declaración interpretativa podría elaborarse en un período de tiempo relativamente corto, a diferencia de una enmienda cuyo proceso de negociación es más largo. Se pensó así que valía la pena someter a prueba su valor

como una herramienta para que las partes pudieran resolver los problemas que se presentaran. Hasta la fecha, la única declaración emitida en julio de 2001 fue de alcance limitado, y sus repercusiones en términos de substancia y de procedimiento siguen siendo inciertas. Están en curso negociaciones sobre una segunda declaración, pero no hay noticias de que las mismas hayan progresado de manera significativa. No se ha dado hasta ahora ningún indicio del posible alcance de tal declaración, como tampoco hay un examen de propuestas para la misma.

Por último, se pensó que era prematuro sugerir un proceso relativo a una enmienda completa. Dada la aparente falta de cuestiones adicionales que pudieran considerarse como parte de tal proceso, se opinó que no era realista esperar que el mismo se llevara a cabo sólo en relación con el Capítulo XI.

Como se ha señalado varias veces antes, la Comisión de Libre Comercio emitió una declaración interpretativa el 31 de julio de 2001. La misma cubría dos problemas: la transparencia y la interpretación de la disposición sobre el nivel internacional mínimo de trato. Como ya se señaló, el alcance de la declaración es limitado respecto de ambas cuestiones, y sobre la transparencia no es jurídicamente vinculante en lo que a los tribunales se refiere.

Aunque el IIDS considera que el proceso relativo a una declaración interpretativa debe continuarse, las inherentes limitaciones del mismo, aunadas al paso de otros tres años adicionales, sugieren que puede necesitarse avanzar con miras a una enmienda. El texto del TLCAN se redactó hace diez años y ha estado en vigor por más de ocho años. Hay otros problemas de substancia que se han presentado y otras cuestiones de procedimiento que necesitan tratarse. (En especial, el acceso público a los grupos de trabajo y a otros órganos que ponen en ejecución y perfeccionan las obligaciones que estipula el TLCAN se está convirtiendo en una cuestión crítica, toda vez que estos órganos se involucran cada vez más en asuntos de amplio interés público). En segundo lugar, y por lo que respecta al Capítulo XI en sí, es obvio que una declaración interpretativa no puede proporcionar la legitimidad a los procedimientos ni la solidez institucional que se requieren en el sistema de solución de controversias. Sólo una enmienda puede hacerlo. Por último, aunque mediante una declaración interpretativa se puede abordar el “control de daños” que se necesita para mitigar las incertidumbres y el “enfriamiento reglamentario” ocasionado por las disposiciones del Capítulo XI existentes, la misma no puede ampliar el contenido de este capítulo para incluir la promoción de inversiones sustentables.

Dados estos factores, la opción de formular una enmienda al Capítulo XI debe considerarse ahora, independientemente de que vaya o no acompañada de otras enmiendas al TLCAN. La promoción de inversiones sustentables, así como la seguridad de la capacidad de hecho de los gobiernos para mantener regímenes que sean dinámicos, preventivos y sensibles a las necesidades cambiantes, son fundamentales para la capacidad mundial de alcanzar el desarrollo sustentable. El reconocimiento de esto pone de relieve la importancia de corregir el Capítulo XI, al igual que todos los demás convenios de inversión.

5.2. Negociaciones futuras

Futuras posibles negociaciones sobre una enmienda al Capítulo XI o sobre un nuevo acuerdo deberían abordar dos cuestiones: la promoción de inversiones sustentables y la seguridad de que las disposiciones relativas a las protecciones de los inversionistas no inhiben la capacidad de los gobiernos para tomar medidas legítimas orientadas a proteger el bienestar público.

El primer paso en relación con cualquier negociación debe darse a un nivel conceptual: no es posible que los negociadores en materia de inversión sigan ignorando las implicaciones de sus actos en el medio ambiente y el desarrollo sustentable, como ha sido el caso en el contexto de la ampliación de las negociaciones sobre inversiones que ha tenido lugar desde 1990. El medio ambiente y el desarrollo sustentable son parte de su actividad –de hecho son el meollo de lo que hacen–, y sólo la más estrecha opinión neoclásica de la economía podría pretender que ello es de otro modo. Ya no se puede aceptar la simple promoción de la inversión y liberalización de los mercados postergando el tratamiento de la dimensión de la sustentabilidad y dejándolo en manos de los sistemas jurídicos nacionales, sobre todo cuando la creación de derechos económicos privados prescritos internacionalmente ha dejado expresamente sin efecto a tales sistemas. Es verdad que esto complicará aún más las de por sí complejas negociaciones. Sin embargo, el temor de abordar las complejidades inevitables sólo refuerza la necesidad de ampliar el contexto de las negociaciones más allá de los negociadores comerciales.

En segundo lugar, el proceso de negociación debe ser mucho más transparente. Los tiempos en que las negociaciones sobre asuntos de gran importancia pública se llevaban a cabo a puertas cerradas deben quedar atrás. La posibilidad de puertas abiertas y de acceso a los proyectos de textos en evolución también asegurará un examen más sólido de las consecuencias potenciales de las negociaciones antes de su conclusión, en lugar de varios años después.

Un tercer punto de sustancia consiste en varios elementos que pueden considerarse para ser incluidos en un convenio que se aplicaría para promover inversiones sustentables. Entre tales elementos estarían los siguientes:

- Exigir la evaluación ambiental de los proyectos propuestos, con base en las más elevadas normas aplicables a nivel nacional o en los niveles internacionales mínimos en la materia.
- Obligar a los inversionistas a establecer sistemas de manejo ambiental certificados en sus operaciones en curso.
- Sobre la base del principio de *forum non conveniens*, terminar con las reglas internacionales de derecho privado que permiten a los inversionistas extranjeros ponerse al abrigo de responsabilidades jurídicas en su estado de origen por los efectos de sus inversiones en el extranjero. Esta medida –sin costo para los gobiernos– modificaría en gran medida la percepción de las empresas sobre su responsabilidad respecto de las actividades de sus empresas filiales, y produciría un incentivo jurídico importante para aumentar los niveles de desempeño.

- El desarrollo de medios de acción desde una perspectiva jurídica, administrativa y de observancia de la ley es un complemento indispensable de este enfoque, el cual debería desarrollarse como parte integral de un convenio de inversiones más amplio.

Es obviamente de fundamental importancia evitar la injerencia no deliberada en el deber de los gobiernos de proteger el bienestar público. Aquí podemos nuevamente proponer varios elementos:

- Debe prestarse mayor atención a las negociaciones de convenios internacionales de inversión que la que parece haberse prestado a la negociación del Capítulo XI. No puede suponerse que las disposiciones sobre la protección de los inversionistas son propicias para evitar tal injerencia.
- Es menester considerar la posible formulación de una disposición o cláusula de exclusión para áreas susceptibles de “reglamentación legítima” en el marco del TLCAN o áreas cubiertas por el Artículo XX del GATT sobre excepciones generales.
- Debe considerarse la experiencia del TLCAN para replantear el alcance que se desea dar a las protecciones de los inversionistas y a los derechos económicos del sector privado. Debe definirse claramente a las disciplinas, no simplemente utilizando términos prestados del derecho comercial. No puede suponerse que el derecho comercial es sagrado o incluso aplicable en parte al derecho de la inversión. Aunque las decisiones en materia comercial y de inversión pueden reflejarse en la toma de decisiones sobre la actividad económica como proceso continuo, su incidencia en términos sociales y del medio ambiente pueden ser infinitamente diferentes y estas diferencias deben reflejarse en la base de un régimen de inversión.
- Las disciplinas deben ser claras, no imprecisas. Las mismas deben tener una amplitud limitada de interpretación, en lugar de ser adaptables a cualquier circunstancia. Es claro que hasta cierto punto los abogados buscarán siempre lo imprevisto. Corresponde ahora a los gobiernos asumir seriamente los riesgos vinculados a esta búsqueda, y realizar el mismo esfuerzo previamente a la conclusión de un convenio y no después.