

00721
367

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**EL CAPITULO 11 DEL TLCAN Y LA PROTECCION AL
AMBIENTE.**

ANALISIS DE LOS EFECTOS DEL CAPITULO 11 DEL TLCAN
SOBRE LA CAPACIDAD REGULATORIA DE LAS PARTES
PARA PROTEGER EL AMBIENTE.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FERNANDO GONZALEZ ROJAS



CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, D. F.

2003

A



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PAGINACION DISCONTINUA

Para Marlen.

*Sé que hoy estarías contenta por mí,
si la vida no hubiera interrumpido tu carrera.*

*Hoy quiero que mis pasos sean los tuyos,
que la muerte no te detenga,
quiero que sigas corriendo,*

*con mi aliento, con mis piernas.
Para que el día que te alcance,*

*no tengas más que decirme:
¡vivimos bien, nos agotamos!*

*Y en la noche de nuestro último domingo, de nuestra última semana,
sepamos que podemos descansar,
sin arrepentimientos, sin ninguna pena.*

*Fernando e Irma,
Alberto y Liz,
Patricia,
gracias por su paciencia y amor.
Mi Universidad del alma,
Sergio,
Gustavo y Fer,
gracias por su apoyo y amistad.*

El Capítulo 11 del TLCAN y la Protección al Ambiente.
Análisis de los Efectos del Capítulo 11 del TLCAN sobre la Capacidad Regulatoria de las Partes para Proteger el Ambiente

PRIMERA PARTE	1
CONSIDERACIONES PREVIAS	1
CAPÍTULO I.....	1
INVERSIÓN EXTRANJERA, DESARROLLO SUSTENTABLE Y ACUERDOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN.....	1
CAPÍTULO II.....	6
LA NATURALEZA ORIGINAL DE LAS DISPOSICIONES ESTADO-INVERSIÓN.....	6
CAPÍTULO III.....	11
LA LIBERALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN:.....	11
EL DERECHO COMERCIAL Y EL DERECHO DE LA INVERSIÓN.....	11
CAPÍTULO IV.....	16
EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN Y LOS CASOS CONFORME A ÉL SOMETIDOS.....	16
SEGUNDA PARTE	24
LAS DISCIPLINAS DEL CAPÍTULO 11 Y LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE	24
CAPÍTULO I.....	24
EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DISCIPLINAS DEL CAPÍTULO 11.....	24
A. <i>El Capítulo 11 se Aplica a las Medidas que las Partes Adopten o Mantengan. ¿Qué es una Medida?</i>	25
B. <i>El Capítulo 11 Protege a los Inversionistas e Inversiones de Inversionistas de Otra Parte y, en Algunos Casos, a los Inversionistas en General. ¿Qué es un Inversionista o una Inversión? ¿Cuándo el TLCAN Protege a Todos los Inversionistas?</i>	36
CAPÍTULO II.....	48
TRATO NACIONAL Y TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA.....	48
LA IMPORTANCIA DE SER "NO NACIONAL".....	48
CAPÍTULO III.....	73
NIVEL MÍNIMO DE TRATO.....	73
¿QUIÉN SABE QUÉ ES EL DERECHO INTERNACIONAL?.....	73
CAPÍTULO IV.....	96
REQUISITOS DE DESEMPEÑO.....	96
¿CONTAMINACIÓN SIN FRONTERAS?.....	96
CAPÍTULO V.....	117
EXPROPIACIÓN.....	117
LA PROPIEDAD DE TODOS V. LA PROPIEDAD DE UNO.....	117
A. <i>Interferencia en Grado</i>	126
B. <i>Interferencia con Derechos Específicos</i>	129
C. <i>Interferencia Ilegal</i>	130
D. <i>Interferencia Injusta</i>	134
E. <i>Interferencia Duradera</i>	135
F. <i>Interferencia Intencionada</i>	137
TERCERA PARTE	144
CAPÍTULO ÚNICO	144
CONCLUSIONES	144
ANEXO ÚNICO	146

Primera Parte
Consideraciones Previas

Capítulo I

Inversión Extranjera, Desarrollo Sustentable y Acuerdos Internacionales en Materia de Inversión

La inversión extranjera se convirtió durante las décadas de los 80's y 90's del siglo pasado, en la fuente principal de financiamiento para el desarrollo de los países del tercer mundo.¹ A partir de finales de los 80's y hasta principios de este siglo, el flujo anual de inversión extranjera directa ("IED") de los países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos ("OCDE") hacia los países no miembros de ésta, se quintuplicó.² El total de la inversión extranjera, incluyendo la directa, provee hoy en día tres veces más capital para el desarrollo que cualquier forma de asistencia gubernamental.³ Entre un tercio y la mitad del total de la inversión privada en los países en vías de desarrollo, proviene de la IED.⁴

Es clara por lo tanto, la enorme relevancia de la inversión extranjera para el crecimiento de las economías no desarrolladas. De ahí, que exista una relación ineludible entre el comportamiento de la inversión extranjera en estos países y el nivel y clase de desarrollo que éstos alcanzan.

Existe actualmente una preocupación fundada por asegurar que los proyectos de desarrollo impulsados por la inversión extranjera en los países con economías emergentes,

¹ HOWARD MANN & KONRAD VON MOLTKE, NAFTA'S CHAPTER 11 AND THE ENVIRONMENT, ADDRESSING THE IMPACTS OF THE INVESTOR-STATE PROCESS ON THE ENVIRONMENT I (Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable 1999) disponible en <http://www.iisd1.iisd.ca/pdf/investment.pdf>.

² HOWARD MANN & KONRAD VON MOLTKE, AN INTERNATIONAL INVESTMENTS REGIME? ISSUES OF SUSTAINABILITY 1-3 (Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable 2000) disponible en <http://www.iisd1.iisd.ca/pdf/investment.pdf>.

³ *Id.*

⁴ E.V.K. FITZGERALD ET AL., THE DEVELOPMENT IMPLICATIONS OF THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT 8-11 (Finance and Trade Policy Research Centre, Queen Elizabeth House University of Oxford 1998) disponible en <http://www.oecd.org>.

sea compatible con el logro de un desarrollo sustentable.⁵ No debe perderse de vista que invertir en un país en vías desarrollo es, ante todo, un negocio y no un mecanismo de asistencia internacional. Por lo tanto, los intereses del inversionista pueden no ser coincidentes con la necesidad del Estado receptor de regular ciertas actividades en beneficio de la colectividad.⁶

Incluso organizaciones empresariales internacionales han reconocido esta circunstancia. El Consejo Mundial de Hombres de Negocios para el Desarrollo Sustentable, por ejemplo, ha reconocido que el procedimiento de toma de decisiones relativas a la IED es un aspecto "clave para alcanzar un desarrollo sustentable global."⁷

Por este motivo, diversas instancias a nivel domestico e internacional, temen que los países en desarrollo e incluso los países desarrollados dejen de aplicar efectivamente su legislación ambiental o se abstengan de poner en práctica nuevas políticas en pro del ambiente, como incentivo para la captación de IED.⁸

⁵ La discusión sobre el contenido del concepto "desarrollo sustentable" escapa al objeto de esta tesis. Por ello nos ceñiremos a la noción que ofrece el Principio 3 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable*, con base en la cual desarrollo sustentable es aquél que se "ejerce[] en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras." *Report of the United Nations Conference on Environmental and Development*, U.N. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I) (1992).

⁶ Sin duda, esta incompatibilidad puede darse también respecto de la inversión privada nacional. Sin embargo, por las razones que más adelante expondremos (y que se refieren fundamentalmente a las herramientas con las que cuentan actualmente los inversionistas extranjeros para combatir medidas gubernamentales del Estado receptor), la relación entre desarrollo sustentable e inversión extranjera cobra una especial relevancia.

⁷ KEITH ERLAM & L. PLASS, *TRADE AND ENVIRONMENT: A BUSINESS PERSPECTIVE* 47 (World Business Council for Sustainable Development 1996) disponible en <http://www.wbcsd.ch>.

⁸ Desde 1993 la *Asociación Canadiense de Derecho Ambiental* profetizaba que "bajo el NAFTA, las regulaciones canadienses existentes en materia de salud ocupacional, seguridad del trabajador, niveles de contaminación y protección al ambiente ser[ían] armonizadas conforme al estándar más bajo en los EE.UU. y México. Esto es suficientemente preocupante. Pero los gobiernos provinciales, estatales y federales perder[ían] también mucha de su capacidad para adoptar nuevas leyes en estas áreas. Y [que] por primera vez, las disposiciones canadienses en materia de salud y seguridad tendr[ían] que equilibrar los riesgos a la salud humana con factores económicos [...]". Estas críticas han persistido, el 19 de febrero de 2001, Judy Darcy, presidenta de la *Unión Canadiense de Empleados Públicas* -quien por cierto intentó participar en las audiencias del caso *Metalclad*- señaló que este caso "resaltaba cómo un acuerdo internacional comercial amenaza la democracia," citada en Ian A. Laird, *NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little*, 2 CH. J. INT'L L. 223, 223 (2001). Lori Wallach, director de *Public Citizen Global Watch* señaló que el Capítulo 11 del TLCAN no tiene tanto que ver con el comercio como con crear nuevos y poderosos derechos para las empresas e inversionistas a expensas de los intereses públicos y la gobernabilidad democrática." Del mismo modo el presidente de la referida organización no gubernamental, Joan Claybrook, señaló que los primeros casos iniciados conforme al Capítulo 11 ilustran "como los depredadores globales, ya sean estadounidenses, canadienses o mexicanos, pueden usar el TLCAN como una laguna gigante para evadir las reglas de derecho

Los gobiernos, enfrentan por lo tanto, el problema de hacer coincidir por un lado, su necesidad de atraer IED para fortalecer su crecimiento; y por el otro la de velar por la preservación de sus recursos naturales y la salud de la población.

De acuerdo al Secretariado Ambiental de la OCDE, las políticas públicas para atraer y mantener el flujo de inversión extranjera y aquellas encaminadas a lograr un desarrollo sustentable pueden resumirse de la forma siguiente:⁹

Tabla 1. Políticas públicas para promover la inversión extranjera y el desarrollo sustentable

Promoción de un Desarrollo Sustentable	Promoción de la Inversión Extranjera
Establecer obligaciones y responsabilidades claras a cargo de los inversionistas para asegurar que sus inversiones sean sustentables	Generar una razonable certeza y predictibilidad para la inversión
Mantener y promover la capacidad del Estado para proteger el ambiente	Prevenir actos arbitrarios y discriminatorios en contra de la inversión, mediante el establecimiento de reglas relativas a: (i) la expropiación; (ii) la aplicación del principio de trato nacional; (iii) la aplicación de un trato mínimo conforme a estándares internacionales, etc.
Fortalecer el proceso de regulación ambiental	Permitir a los inversionistas manejar sus negocios con razonable flexibilidad con respecto a su personal y bienes
Asegurar la aplicación efectiva de la legislación ambiental	Crear un procedimiento imparcial legalmente vinculante para la solución de controversias relativas a la inversión
Asegurar que las sanciones impuestas a cargo de los inversionistas infractores de	

y nuestro sistema de justicia". Citados en Daniel R. Loritz, *Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed Under NAFTA's Chapter 11*, 22 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 553, 534 (2000).

⁹ Esta lista apareció publicada en un documento elaborado en octubre de 1997 por el Secretariado Ambiental de la OCDE, titulado *What would an MAI with high environmental content look like?* Este documento fue más tarde hecho público por diversas ONG's.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

normas ambientales puedan ser ejecutadas aun en el Estado emisor de la inversión	
Hacer pública la información ambiental relativa a la inversión extranjera	
Impedir que en aras de atraer la inversión, se reduzcan los estándares ambientales	
Desarrollar o fortalecer los procedimientos de participación ciudadana en la revisión del cumplimiento de las normas ambientales	

El equilibrio entre estas dos clases de políticas de Estado es determinante para alcanzar un crecimiento sostenido y sustentable. En la persecución de este equilibrio, los acuerdos internacionales sobre inversión pueden jugar un papel fundamental. A través de ellos es posible generar las condiciones de certeza para la inversión y preservar al mismo tiempo, la capacidad de los gobiernos para actuar en beneficio del ambiente.¹⁰

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN"), concluido en 1992 entre México, los Estados Unidos de América y Canadá, constituye el primer esfuerzo para lograr, a través de un acuerdo multilateral comercial, un equilibrio entre protección plena a la inversión y desarrollo sustentable. La materialización de tales esfuerzos es el Capítulo 11 del TLCAN, que puede ser calificado como el primer régimen legal de inversión entre países con acentuadas disparidades de desarrollo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹⁰ El Capítulo 11 del TLCAN contiene una disposición que, al menos en apariencia, pretende preservar la capacidad del Estado receptor para regular a favor del ambiente; dicho precepto también sugiere que las Partes deberían mejorar su legislación ambiental y que no disminuir sus estándares de protección, o bien, que las Partes deberían aplicar efectivamente tales disposiciones. Nos referimos al artículo 1114 del TLCAN (del cual habremos de ocuparnos con mayor detalle más tarde) que en su párrafo primero establece que "nada de lo dispuesto en este capítulo [Capítulo 11, Inversión] se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental" (preservación de la capacidad de la Parte para actuar en materia ambiental); y en su párrafo segundo, que "es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio" (reprobación de la reducción de los estándares ambientales con el fin de atraer la inversión).

Durante las negociaciones del TLCAN la relación entre promoción a la inversión y desarrollo sustentable, fue una preocupación constante.¹¹ El objetivo era lograr la aplicación efectiva de la legislación ambiental en los tres países y evitar con ello la generación de los llamados "paraísos de polución", o el descenso de los estándares ambientales aplicables al momento de la entrada en vigor del tratado.¹²

Sin embargo, actualmente hay quienes sostienen que las disposiciones para proteger la inversión contenidas en el Capítulo 11 del TLCAN, han sido persistentemente usadas para desafiar nuevas regulaciones en materia ambiental o la aplicación de las ya existentes, cuando éstas tienen implicaciones económicas negativas para el inversionista extranjero.¹³

Aparentemente el procedimiento de solución de controversias contenido en la sección B del Capítulo 11 del TLCAN, ha dejado de ser un instrumento de defensa de los inversionistas, para convertirse en una efectiva herramienta de combate a las políticas ambientales que les son económicamente adversas.

El objetivo del presente documento es evaluar si el actual diseño del régimen de inversión previsto en el Capítulo 11 del TLCAN, preserva el debido equilibrio entre la protección a la inversión y el desarrollo sustentable; o si bien, representa, tal como está, una amenaza para la consecución de éste último.

¹¹ Daniel Magraw, *NAFTA's Repercussions: Is Green Trade Possible?*, 4 Y.B. INT'L ENVTL. L. 303, 307 (1993).

¹² John Knox, *NAFTA's Environmental Provisions: What problems were they intended to address?* 23 CAN-U.S. L. J. 403, 403 (1997).

¹³ Nota *supra* 1, p. 4.

Capítulo II

La Naturaleza Original de las Disposiciones Estado-Inversión

El propósito original de los acuerdos internacionales en materia de inversión es el de proteger a los inversionistas extranjeros de las acciones arbitrarias e irracionales de los gobiernos receptores. Tras esta clase de disposiciones, subyace el supuesto de que el inversionista extranjero no recibe un trato justo y equitativo en el país que lo alberga y que, no existen a su alcance remedios locales, adecuados y efectivos, para enfrentar los abusos de los que puede ser objeto.¹⁴ Por esta razón, se crea un sistema legal alternativo con derechos sustantivos y procedimentales que le son aplicables únicamente al inversionista extranjero, en sustitución del sistema jurídico local.

Idealmente, las disposiciones internacionales relativas a la inversión, deben garantizar un trato justo y equitativo al inversionista, al mismo tiempo que preservar la facultad del Estado de responder efectivamente a las necesidades públicas. Dicho de otra forma, un adecuado sistema legal de inversión debe ofrecer ante todo certeza. Por un lado, certeza al inversionista de que recibirá un trato no discriminatorio y racional; y por el otro, certeza al Estado respecto de qué medidas pueden vulnerar derechos del inversionista y generar por lo tanto, responsabilidad a su cargo.

Sin embargo, la mayor parte de los sistemas de protección a la inversión adoptados en acuerdos bilaterales o multilaterales, se han inspirado en los procedimientos arbitrales para la solución de controversias entre comerciantes privados.¹⁵ Para muchos, esta

¹⁴ Debe recordarse que en ausencia de un acuerdo internacional que lo prevea, la queja de un individuo contra un gobierno extranjero puede evadir las cortes domésticas, únicamente cuando se satisface alguno o varios de ciertos requisitos contenidos en reglas consuetudinarias internacionales sobre el agotamiento de los recursos locales. Uno de tales requisitos es que el sistema legal local no ofrezca al afectado remedios adecuados y efectivos. A pesar de que existen algunos criterios desarrollados a través de la jurisprudencia internacional para determinar la adecuación o efectividad de los remedios nacionales, *i.e.* Caso Velásquez Rodríguez, Ct. Inter-Am. D.H., OEA/Serie C, #4, 28 I.L.M. 291 (1989), sin un acuerdo internacional que lo sustente, resulta muy complicado para el inversionista extranjero probar que no era necesario agotar los recursos locales antes de acudir a un procedimiento internacional alternativo.

¹⁵ En el caso de nuestro país este fenómeno puede observarse en los varios Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de la Inversión (APPRI's) que ha firmado México desde 1995, y que incluyen hasta marzo de 2003, APPRI's con Alemania, Argentina, Austria, Corea, Cuba, Dinamarca, España, Finlandia,

traslación de normas comerciales privadas a instrumentos de derecho internacional público, ha generado un indebido desequilibrio entre los intereses estatales y los privados, en beneficio de estos últimos. A este fenómeno se le ha llamado "privatización del derecho de la inversión."¹⁶

Durante las negociaciones del TLCAN los intereses de las Partes eran claros. Por un lado los Estados Unidos de América junto con Canadá, buscaban liberalizar el régimen de inversión en México y ofrecer a sus inversionistas completa protección y certeza. Por el otro, México reconocía su necesidad de atraer y mantener los flujos de inversión extranjera, lo que le obligaba a ofrecer remedios efectivos en los que el inversionista pudiera confiar.¹⁷ La convergencia de estos intereses dio como resultado el desarrollo del Capítulo 11 del TLCAN,¹⁸ que puede calificarse como la más extensa combinación de derechos y remedios jamás concedida a los inversionistas extranjeros en un acuerdo internacional.¹⁹

Ahora bien, ¿el diseño actual del Capítulo 11 del TLCAN consigue el referido equilibrio entre certeza para el inversionista y certeza para el Estado? ¿Puede el Capítulo 11 del TLCAN calificarse como un ejemplo más del fenómeno llamado privatización del derecho de la inversión? Y en ese sentido ¿son las disposiciones del Capítulo 11 incompatibles con la idea de desarrollo sustentable?

Francia, Grecia, Holanda, Italia, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza, Unión Belgo-Luxemburguesa y Uruguay.

¹⁶ SYLVIA OSTRY, *FUTURE OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION 4* (Susan M. Collins & Robert Z. Lawrence eds., Brookings Institute Trade Policy Forum 1999).

¹⁷ Gloria Sandrino, *The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A third World Perspective*, 27 VAND. J. TRANSNAT'L L. 259, 327 (1994).

¹⁸ El Capítulo 11 del TLCAN se encuentra dividido en dos secciones. La primera de ellas contiene disposiciones que confieren a los inversionistas de otra Parte derechos sustantivos; mientras que la segunda establece un procedimiento para resolver las controversias que se susciten con motivo de la aplicación tales derechos o de algunas otras disposiciones del TLCAN relativas a la inversión.

¹⁹ Concluida la redacción del Capítulo 11 del TLCAN, el gobierno de los EE.UU. lo calificó como "un histórico mecanismo inversionista-Estado, por el cual las empresas norteamericanas no enfrentar[ían] más un ambiente desequilibrado en las disputas sobre inversión que sostuvieran contra el gobierno de México; pues ahora podrán recurrir a un procedimiento arbitral fuera de éste país ante un órgano independiente" véase *Statement as to How the NAFTA Serves the Interests of United States Commerce* (1993) citado en NATHANIEL GOETZ, *A BLUE PRINT FOR NAFTA* (Pepperdine University 2001) disponible en <http://www.pepperdine.edu/PublicPolicy/ClassProject/2001Nafta/>.

El gobierno de Canadá opinó en términos muy similares, véase *Statement on Implementation of the North American Free Trade Agreement* ("Declaración de Implementación de Canadá") 147, Gaceta Oficial de Canadá, Parte I (Encl. 1, 1994) disponible en <http://www.laws.justice.gc.ca>.

Actualmente hay quienes afirman que el Capítulo 11 del TLCAN, presenta varias deficiencias que limitan indebidamente la capacidad de los tres gobiernos para adoptar acciones en materia ambiental. En este sentido, Howard Mann y Konrad von Moltke señalan que:

*Importantes imprecisiones en la interpretación del Capítulo 11 [...] han debilitado inaceptablemente la capacidad de los gobiernos para aplicar efectivamente disposiciones legales en beneficio del interés público. Esta falta de certeza se expresa concretamente a través del riesgo que enfrentan los gobiernos de verse obligados a pagar a los inversionistas extranjeros a cambio de regular efectivamente la materia ambiental, sin importar cuan razonable o no discriminatoria sea la medida. Este riesgo dificulta progresivamente la adopción de nuevas disposiciones ambientales o el aumento de los niveles de protección ambiental.*²⁰

Lo cierto es que, tal como puede observarse en el Anexo Único de esta tesis, en gran medida los procedimientos iniciados conforme al Capítulo 11 del TLCAN han combatido medidas gubernamentales vinculadas con la protección del ambiente.

Además de estos casos formalmente iniciados, existen otros ejemplos en los que la sola amenaza de iniciar un procedimiento conforme al Capítulo 11 del TLCAN, ha sido usada como parte de una campaña para impedir que nuevas disposiciones en materia ambiental sean adoptadas.²¹

Esta peculiar relación entre medidas ambientales y disposiciones sobre inversión contenidas en el Capítulo 11 del TLCAN, también ha llamado la atención de instancias oficiales. Sergio Marchi ex-ministro de comercio de Canadá, durante la reunión trinacional con motivo del quinto aniversario del TLCAN, destacó la necesidad de “desarrollar un

²⁰ Nota *supra* 1, p. 6.

²¹ ALAN RUGMAN ET AL., ENVIRONMENTAL REGULATION AND CORPORATE STRATEGY: A NAFTA PERSPECTIVE 1 (Oxford University Press 1999).

entendimiento común respecto de las disposiciones inversionista- Estado, con el fin garantizar la capacidad de los gobiernos para legislar en beneficio del interés público"²²

En una carta enviada a distintos grupos ambientalistas, los tres ministros de medio ambiente, actuando como Consejo de la Comisión de Cooperación Ambiental (CCA) derivada del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN), reconocieron que los desafíos del Capítulo 11 del TLCAN, tienen importantes implicaciones ambientales.²³

Algunas instancias no directamente involucradas con el TLCAN, también han opinado en este sentido. El presidente de las negociaciones del Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI), señaló la necesidad de reflexionar sobre las "inesperadas consecuencias del lenguaje empleado en el TLCAN"²⁴

Aparentemente, las imprecisiones en el lenguaje utilizado por los redactores del Capítulo 11 del TLCAN, han generado una gran incertidumbre respecto de qué medidas en materia ambiental pueden llegar a contravenir las disposiciones sustantivas de dicho capítulo. Esto trae como consecuencia que los gobiernos de las Partes desconozcan a ciencia cierta, cuándo una medida ambiental con impactos económicos negativos sobre algún inversionista extranjero, generará la obligación de compensar. Esta falta de certidumbre da cabida a que el Estado se vea obligado a compensar a los inversionistas, cada vez que sus actuaciones en materia ambiental tengan efectos económicos adversos sobre ellos.²⁵ Ello podría hacer incosteable la adopción de medidas ambientales o la aplicación efectiva de las mismas, lo que sin duda, inhibiría dramáticamente la

²² NOTES FOR AN ADDRESS BY THE HONORABLE SERGIO MARCHI, MINISTER FOR INTERNATIONAL TRADE, TO THE NAFTA FIFTH ANNIVERSARY LUNCHEON (Department of International Trade and Foreign Affairs 1999). Esta postura fue reiterada por el gobierno canadiense en el documento titulado *Canadian Memo on Investor-State Provisions* (Feb. 12, 1999) citado en nota supra 1, p. 10.

²³ Carta fechada el 1º de diciembre de 1998, dirigida al *Sierra Club de Canadá*, el *Consejo de Canadienses*, *Greenpeace Canadá* y el *Congreso Laboral de Canadá*, citada en nota supra 1, p. 11.

²⁴ *The Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text*, OCDE (1998).

²⁵ El valor de los procedimientos sometidos con base en el Capítulo 11 suma hasta la fecha alrededor de 14,650.9 millones de dólares.

participación del Estado en la protección del ambiente. Este escenario se opone a uno de los objetivos del propio TLCAN, a saber: la consecución del desarrollo sustentable.²⁶

En el capítulo siguiente, nos ocuparemos de explicar el fenómeno de la liberalización de la inversión del cual el Capítulo 11 es el ejemplo más acabado; así como de destacar algunos antecedentes relevantes para el mejor entendimiento del Capítulo 11 del TLCAN. Más adelante habremos de analizar estas supuestas deficiencias del Capítulo 11, con el fin de determinar si, efectivamente, inhabilitan a los gobiernos para actuar en materia ambiental y si por lo tanto, deben tomarse medidas para restringir la amplitud de los derechos concedidos a los inversionistas de las Partes.

²⁶ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Dic. 17, 1992, Can.-Mex.-EE.UU., Preámbulo ¶ 14, 32 I.L.M. 289 (1993).

Capítulo III

La Liberalización de la Inversión:

El Derecho Comercial y el Derecho de la Inversión

El proceso de descolonización, aunado al fenómeno de la guerra fría que escindió el mundo en dos bloques políticos con percepciones diametralmente opuestas sobre la propiedad privada, dio origen a frecuentes enfrentamientos entre los gobiernos socialistas o recién independizados y la IED. Como consecuencia, desde los años 30's y hasta los 70's, un numero importante de inversiones extranjeras fueron expropiadas sin compensación; o bien, intervenidas y puestas en manos de nacionales. Durante este periodo, la mayoría de las inversiones extranjeras afectadas consistían en proyectos productivos primarios, es decir, fábricas, instalaciones manufactureras, empresas mineras, ferrocarrileras o dedicadas a la extracción y procesamiento del petróleo.

Esta circunstancia generó la necesidad de encaminar los esfuerzos diplomáticos a desarrollar acuerdos bilaterales de inversión entre el país generador y el Estado receptor.²⁷ Estos acuerdos se concentraban en establecer reglas para el caso de expropiación y en asegurar que la IED recibiera un trato no menos favorable que las inversiones nacionales. La mayoría, incluían disposiciones para la solución de controversias; primero a través de procesos entre el Estado generador de la inversión y el Estado huésped, y más tarde, directamente entre este último y el inversionista.²⁸

²⁷ El primer antecedente de los tratados en materia de inversión lo constituyen los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (los TACN's, también conocidos por sus siglas en inglés como FCNT's) celebrados en las primeras décadas del siglo pasado y que contenían disposiciones en materia de expropiación y repatriación de ingresos. Las violaciones a estos tratados podían ventilarse ante la Corte Internacional de Justicia.

²⁸ Después de los TACN's vinieron los Acuerdos Bilaterales de Inversión o ABI's (mejor conocidos en la literatura sobre la materia como BIT's, por el acrónimo en inglés que abrevia *Bilateral Investment Treaties*), que a diferencia de los primeros, establecían —y aún establecen— procedimientos arbitrales entre Estados e inversionistas. También, incluyeron obligaciones en materia de nación más favorecida; expropiación y nacionalización; transferencia de capital, y requisitos de desempeño. El primer ABI de la historia se celebró entre Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959 y entró en vigor el 28 de noviembre de 1962. Sin embargo, fue el ABI celebrado también por Alemania el 16 de diciembre de 1959, con la República Dominicana, el primer tratado de esta naturaleza en entrar en vigor el 3 de junio de 1960. Sin embargo, la proliferación de esta clase de acuerdos llegó dos décadas después con el "*BIT Program*" impulsado por los EE.UU. a partir de 1977.

A medida que proliferaron estos acuerdos, su celebración se hizo conveniente por otra razón —esta vez desde la perspectiva del Estado receptor—. Los tratados bilaterales relativos a la inversión fueron vistos por muchos países —la mayoría con economías poco desarrolladas— como una herramienta efectiva para reducir los riesgos del inversionista y, por lo tanto, para captar su preferencia.

Sin embargo, en la década de los 80's, los tratados sobre inversión comenzaron a perseguir un tercer propósito: la liberalización de la inversión. Nuevas disposiciones aparecieron en estos acuerdos encaminadas hacia dos objetivos muy claros: el primero, eliminar las restricciones comerciales que los gobiernos receptores establecían para la IED en ciertos sectores estratégicos; y, en segundo lugar, erradicar las prácticas conocidas como "requisitos de desempeño", mediante las cuales los gobiernos condicionan el desarrollo de alguna actividad económica, al cumplimiento de ciertos requisitos como el uso de insumos locales o el logro de ciertos niveles de exportación.²⁹

Estas disposiciones finalmente trastocaron la naturaleza primigenia de los acuerdos de inversión, transformándolos de meras salvaguardas a instrumentos de penetración comercial. La apertura de mercados adquirió un nuevo frente; esta vez a través del propio inversionista.³⁰ A este fenómeno se le conoce como liberalización de la inversión.

²⁹ En aquella época y aún en nuestros días, la prohibición de estas prácticas se sustenta en la teoría que afirma que tales requisitos imponen a la inversión cargas que impactan negativamente su competitividad y que, por lo tanto, distorsionan indebidamente el funcionamiento de los mercados. Esta teoría sustenta también, que la combinación entre la liberalización de la inversión y la eliminación de barreras comerciales, finalmente redundan en una mayor eficiencia económica y, consecuentemente, en la elevación de los niveles de vida de la población. Más adelante nos ocuparemos de demostrar que la prohibición de exigir "requisitos de desempeño", contenida en el artículo 1106 del Capítulo 11 del TLCAN, ha sido empujada constantemente, más como instrumento de apertura de mercados, que como herramienta de defensa contra actos discriminatorios o irracionales de los gobiernos receptores.

³⁰ Es preciso aclarar que durante mucho tiempo existió una clara diferenciación entre los tratados internacionales relativos a la inversión y los acuerdos en materia comercial, entendiéndose por estos últimos, aquellos encaminados a eliminar las barreras comerciales, incluyendo las arancelarias. Hoy en día, es frecuente que los acuerdos comerciales incluyan disposiciones en materia de inversión; tal es el caso del TLCAN y el Capítulo 11. Sin embargo, por los argumentos que más adelante habremos de elaborar, las disposiciones encaminadas a proteger la inversión, ya no sólo persiguen este fin, sino que además, pueden servir como una herramienta para frenar una medida arancelaria aún cuando ésta no contravenga los compromisos internacionales en materia comercial del Estado que la adopta. Esto es, en el caso del TLCAN, una medida arancelaria no prohibida por las normas comerciales del propio tratado, puede ser sin embargo, atacada a través de las disposiciones del Capítulo 11.

A partir de ese momento, la distinción tradicionalmente aceptada entre derecho comercial y derecho de la inversión se hizo difusa. Las medidas relativas al flujo de productos y servicios de un país a otro, dejaron de ser materia exclusiva de las normas que regulan la conducta de un Estado frente a otro y cuyo cumplimiento se ventila en procedimientos Estado-Estado, sino que también se convirtieron –indirectamente– en objeto de las normas del derecho de la inversión, es decir, de las reglas que regulan la conducta de un Estado frente a un particular.³¹ En este escenario, el papel de los procedimientos de solución de controversias inversionista-Estado devino fundamental. Como constataremos más adelante, a través del procedimiento arbitral previsto en la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, un solo individuo o una sola empresa puede desafiar medidas de aplicación general adoptadas por un Estado en materia de comercio exterior.³²

En este sentido, el TLCAN constituye en la opinión de diversos autores, la conjunción más acabada entre disposiciones vigentes en materia comercial y de inversión.³³ Esto se debe a que el TLCAN, y en especial el Capítulo 11, son el resultado de más de un

³¹ Hoy en día, una gran cantidad de tratados comerciales incluyen disposiciones en materia de inversión, e.g. Canada-United States Free Trade Agreement, Dic. 22, 1987, 27 I.L.M. 281 (1988); la Carta de la Energía, Dic. 17, 1994, 33 I.L.M. 360 (1995).

³² En los procedimientos iniciados conforme al Capítulo 11 del TLCAN conocidos hasta la fecha, en 6 ocasiones se han argumentado violaciones al artículo 1106. En 3 de estos casos, los paneles desecharon los argumentos del inversionista en este sentido. En 2 ocasiones más el arbitraje no prosiguió por razones diversas. Finalmente uno de esos casos permanece pendiente. En uno de ellos, en el caso *Ethyl*, el inversionista exitosamente obtuvo un arreglo con el gobierno de Canadá, por virtud del cual, este último compensó al inversionista y dejó sin efectos la restricción arancelaria que, según la empresa, constituía un requisito de desempeño.

³³ David R. Adair por ejemplo, considera que existen tres estados en la evolución de los tratados relativos a la inversión: (i) los acuerdos pre-TLCAN; (ii) el TLCAN; y (iii) el Acuerdo Multilateral de Inversión. Los acuerdos pre-TLCAN incluyen a los TACN's, los ABI's y aquellos negociados durante las Rondas de Uruguay. Los acuerdos pre-TLCAN incluyeron, además de los derechos sustantivos ya incorporados en los ABI's, disposiciones sobre transparencia, acceso a mercados, subsidios, etc. Estos tratados sin embargo, no establecen mecanismos de solución de controversias Estado-inversión, sino Estado-Estado. La segunda etapa comienza con el TLCAN el cual, según este autor, persigue tres finalidades principales: (i) establecer un ambiente seguro para la inversión mediante reglas claras sobre trato justo y equitativo; (ii) remover las barreras a la IED; y (iii) establecer un eficaz mecanismo de solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor. Según el profesor David R. Adair, el último paso en la evolución de los tratados sobre inversión lo constituye el Acuerdo Multilateral sobre Inversión (MIA, por sus siglas en inglés), al cual el autor califica como la "propuesta más ambiciosa en materia de la inversión internacional". Por lo tanto, no estando el MIA en vigor, el TLCAN representa el estado más avanzado de los tratados sobre inversión en vigor, *Investors' Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties*, 6 TULSA J. COMP. & INT'L L. 195, 195-201 (1999).

siglo de evolución de las disposiciones internacionales en materia de inversión. Daniel M. Price, uno de los negociadores del Capítulo 11 del TLCAN considera por ejemplo que:

Desde la perspectiva de los EE.UU., el Capítulo 11 surgió a partir de la larga tradición de en primer lugar, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, o Tratados de Amistad, y en segundo, de los acuerdos bilaterales de inversión. Esta no es una tendencia peculiar para los EE.UU. De hecho, visto desde la perspectiva del año 2000, más de 1500 acuerdos bilaterales de inversión han sido celebrados. La mayoría incluye disposiciones idénticas a las encontradas en el Capítulo 11, inclusive la figura del procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado.³⁴

Sin embargo, el principal antecedente del TLCAN lo constituye el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos de América, concluido en 1998.³⁵ Toda vez que ambos países guardan semejanza en cuanto a su desarrollo económico, las discusiones durante la negociación de dicho tratado no se centraron en la protección a la inversión, sino en la liberalización de la economía canadiense. Mientras que los EE.UU. buscaban abrir los sectores de mercado reservados a los nacionales de Canadá, el gobierno canadiense buscaba preservar tantas de sus restricciones a la inversión extranjera, como fuera posible. Al final del proceso de negociación, dichas restricciones fueron reducidas significativamente y ambas partes acordaron un capítulo en materia de protección a la inversión, similar al contenido en los ABI's existentes en aquella época. Sin embargo, es importante señalar que dicho capítulo no incluyó un mecanismo obligatorio de solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor.

Tras haber sido creado este nuevo régimen comercial, se decidió hacerlo extensivo a México. En esta ocasión, la protección a la inversión si era un tema relevante en la mesa de discusión, dado el negativo historial de México en este rubro.³⁶ Sin embargo, liberalizar la inversión en México y reducir aún más las restricciones comerciales en Canadá, persistió

³⁴ NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve?, 26 CAN.-U.S. L.J. 1, 2 (2001).

³⁵ Nota *supra* 31.

³⁶ Véase por ejemplo el amplio catálogo de casos en los que México fue encontrado responsable por no brindar a los ciudadanos americanos trato acorde al derecho internacional, durante los procedimientos ante el Tribunal de Quejas México-Estados Unidos de América.

como uno de los objetivos perseguidos por los EE.UU.³⁷ México, por su parte, abrigó la expectativa –ampliamente cumplida– de incrementar los flujos de IED hacia su territorio. El instrumento legal que cristalizó estos esfuerzos fue el Capítulo 11 del TLCAN, cuyos rasgos generales describiremos en seguida.

³⁷ Daniel M. Price narra que durante las negociaciones del Capítulo 11 del TLCAN, Canadá se rehusaba a aceptar ciertas disposiciones que tanto los EE.UU. y México deseaban incluir en el texto. Fue entonces revelado que esas mismas disposiciones habían sido incluidas en el ABI celebrado entre Canadá y la entonces Unión Soviética. Ante esta circunstancia, el representante de los EE.UU. preguntó a su homólogo canadiense: "¿Es realmente su postura que tratarán a los inversionistas de la Unión Soviética mejor de lo que tratarán a los inversionistas de los Estados Unidos o México?" Según Daniel Price, este episodio concluyó entonces en la inclusión de las disposiciones controvertidas dentro del texto del Capítulo 11. Nota *supra* 34, p. 2.

Capítulo IV

El Capítulo 11 del TLCAN y los Casos Conforme a él Sometidos

El Capítulo 11 del TLCAN se compone por 39 artículos divididos en tres secciones. A estas disposiciones las complementan seis anexos, cuatro de los cuales son específicos para el Capítulo 11,³⁸ mientras que los tres restantes aparecen como anexos generales del TLCAN.³⁹

La primera de tales secciones establece el ámbito de aplicación del mismo capítulo, así como las obligaciones de las Partes y los derechos sustantivos de los inversionistas. Por su parte, la sección B establece un mecanismo de solución de controversias para el caso de violaciones a los derechos u obligaciones contenidas en la sección A, consistente en un procedimiento arbitral entre el inversionista afectado y la Parte aducidamente responsable. Finalmente, la sección C establece definiciones aplicables específicamente al Capítulo 11, a las que deben sumarse las definiciones generales contenidas en el Capítulo 2 del TLCAN.

El Capítulo 11 además, como parte integrante del régimen legal derivado del TLCAN, debe interpretarse atendiendo al resto de las disposiciones contenidas en dicho

³⁸ Nos referimos a los anexos: 1120.1, *Sometimiento de la reclamación al arbitraje*, que establece la prohibición de que se aleguen simultáneamente, ante un arbitraje conforme al Capítulo 11 del TLCAN y en un procedimiento judicial o administrativo constituido conforme a derecho mexicano, una violación a los derechos u obligaciones tutelados e impuestos por el Capítulo 11; 1137.2 *Entrega de documentos a una Parte de conformidad con la Sección B*, que establece la obligación de las Partes de publicar los lugares en los cuales deben hacerse las notificaciones y demás documentos relativos a un procedimiento arbitral conforme al Capítulo 11; 1137.4, *Publicación de laudos*, en donde las Partes señalan cuándo puede hacerse público un laudo, cuando cada una de ellas sea parte contendiente; y, 1138.2 *Exclusiones de las disposiciones de solución de controversias*, en donde Canadá y México exceptúan ciertas decisiones relativas a la inversión, de la aplicación del mecanismo de solución de controversias previsto en la Sección B del Capítulo 20 *Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias*.

³⁹ Estos son los anexos I, II, III y IV del TLCAN. El primero de ellos, titulado *Reservas en relación con medidas existentes y compromisos de liberación*; enumera las medidas existentes que quedan exceptuadas de las obligaciones contenidas en los artículos 1102, 1103, 1106 y 1107, y que están sujetas a lo que se conoce como la "Regla de la Ratonera" (*the ratchet rule*) que señala que tales medidas no pueden ser más restrictivas de lo que actualmente son y que si son liberalizadas, no pueden luego volver a restringirse. El Anexo II, *Reservas en relación con medidas futuras*, establece los sectores económicos de cada una de las Partes, que quedan exceptuados también de las obligaciones contenidas en los artículos 1102, 1103, 1106 y 1107, y que no están sujetos a la "Regla de la Ratonera". Por su parte, el Anexo III, *Actividades reservadas al Estado*, que señala las actividades respecto de las cuales México se reserva el derecho exclusivo de desempeñar y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones. Finalmente, el Anexo IV establece excepciones de cada una de las Partes a la obligación de Trato de Nación Más Favorecida, contenida en el artículo 1103 del TLCAN.

tratado. El Capítulo 11 guarda estrecha relación por ejemplo, con el Capítulo 1 que establece los objetivos y excepciones generales del TLCAN; el Capítulo 9, que se refiere a las medidas relativas a la normalización; y el Capítulo 15 relativo a la política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado. De igual forma resultan aplicables al Capítulo 11 del TLCAN las reglas internacionales –contractuales y consuetudinarias– sobre interpretación y aplicación de los tratados internacionales.

El primer artículo de la Sección A establece el rango de aplicación del Capítulo 11, cuya amplitud y limitaciones habremos de discutir a fondo en el siguiente capítulo. El resto de los 13 artículos de dicha sección, establecen lo que comúnmente se conoce como las “disciplinas” del Capítulo 11. Estas disciplinas, como lo señalamos arriba, imponen a los Estados Parte del TLCAN ciertas obligaciones y confieren a los inversionistas de dichos Estados –y en algunos casos a los inversionistas de Estados no Parte–, derechos sustantivos correlativos a tales obligaciones.

Las disciplinas de la Sección A del Capítulo 11 pueden dividirse en dos grandes grupos. El primero se refiere a las “obligaciones comparativas” o “relativas”, cuya finalidad primordial es la de prohibir la discriminación contra el inversionista o su inversión por razón de su nacionalidad. En este primer grupo de obligaciones se encuentran las de Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida y Nivel de Trato, contenidas respectivamente en los artículos 1102, 1103 y 1104 del TLCAN.⁴⁰

El segundo grupo se compone por aquellas obligaciones que establecen prohibiciones absolutas, es decir, que exigen de las Partes cierto nivel de trato, independientemente del trato que éstas otorguen a sus nacionales o a los nacionales de otros Estados. La finalidad de las obligaciones contenidas en este segundo grupo es la de, por un lado, garantizar a los inversionistas un nivel mínimo de trato y, por el otro, evitar que los

⁴⁰ También puede considerarse al artículo 1105(2)(3) como parte de las disposiciones que establecen obligaciones de este tipo, ya que en realidad dicho artículo constituye una extensión de la obligación de Trato Nacional contenida en el artículo 1102, toda vez que impone la obligación de resarcir a un inversionista de otra Parte en la misma medida que a un nacional, cuando ambos sufran pérdidas con motivo de conflictos armados o contiendas civiles. Nótese que no establece la obligación absoluta de resarcir, sino que simplemente señala que la Parte de cuyo territorio se trate, deberá otorgar a los inversionistas de otra Parte, los mismos beneficios que otorgue a sus nacionales cuando éstos hayan sufrido pérdidas por el mismo motivo.

Estados receptores obstaculicen o impidan a los inversionistas llevar a cabo libremente sus actividades comerciales.

Este segundo grupo comprende a su vez tres tipos de obligaciones. El primero lo constituye la obligación de Nivel Mínimo de Trato, consistente en la exigencia contenida en el artículo 1105(1), de brindar a los inversionistas de otra Parte "trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas."⁴¹ El segundo tipo de obligaciones se refiere a aquéllas que prohíben a las Partes restringir la libertad de acción de los inversionistas y que comprende las prohibiciones de aplicar requisitos de desempeño (artículo 1106), de limitar la libertad de nombramiento de altos ejecutivos o de los miembros de los consejos de administración (artículo 1107), y la de restringir la libre transferencia de capitales (artículo 1109). Finalmente, el último tipo de obligaciones son aquéllas que prohíben a las Partes afectar los derechos de propiedad de los inversionistas sin que tales afectaciones cumplan ciertos requisitos, entre los cuales destaca el de compensar al inversionista (artículo 1110).

Por último, la sección A del Capítulo 11 concluye con un precepto expresamente referido a la materia ambiental. Este artículo persigue dos objetivos: el primero es permitir a los Estados Parte adoptar, mantener o poner en ejecución medidas –por lo demás compatibles con el resto de las disposiciones del Capítulo 11– tendientes a "asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental";⁴² y, en segundo lugar, declarar "inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a la salud o seguridad relativas a medio ambiente."⁴³ Sin embargo, este precepto no exceptúa realmente a las medidas ambientales

⁴¹ Como explicaremos con más detalle en páginas subsiguientes, este precepto establece un obligación que podemos calificar como de "contenido difuso", toda vez que sus alcances no están precisamente definidos por el precepto mismo, ni por ninguna otra disposición legal; sino que se integra por el sistema de reglas internacionales elaboradas no sólo por las Partes firmantes del TLCAN, sino por la comunidad internacional en su conjunto.

⁴² Nótese que este artículo emplea la expresión "tomando en cuenta", lo que no necesariamente significa que las inversiones deberán realizarse atendiendo u obedeciendo preocupaciones ambientales; sino que los inversionistas deberán únicamente considerar, hasta donde ellos juzguen prudente, dichas preocupaciones.

⁴³ Es importante observar que el término que emplea este artículo no tiene una connotación legal precisa. "Inadecuado" no es en lo absoluto, lo mismo que "ilegal" o "indebido". Más tarde, este mismo artículo señala que "ninguna Parte *debería* renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, ofrecer renunciar o derogar" (énfasis añadido) medidas ambientales con el propósito de inducir la llegada o permanencia de inversión en su

de las restricciones impuestas en el propio Capítulo 11; ni establece una verdadera prohibición a los Estados Parte de alentar la inversión mediante el relajamiento de sus estándares ambientales internos.

La Sección B por su parte, establece los parámetros generales conforme a los cuales debe solucionarse una controversia surgida entre un inversionista y la Parte. Entre otras cosas, señala quiénes y por qué motivos pueden iniciar un arbitraje conforme al Capítulo 11 (artículos 1116 y 1117); establece la obligación para las partes contendientes, de intentar dirimir la controversia a través de consultas o negociación (artículo 1118); señala también las condiciones previas que deben satisfacerse para someter una reclamación a arbitraje (artículos 1121 y 1122),⁴⁴ las reglas que regirán el arbitraje (artículo 1120); así como los lineamientos para la integración del panel arbitral (artículos 1123, 1124 y 1125). Esta sección también contiene diversos criterios procedimentales en materia de acumulación de procedimientos (1126); notificaciones (1127); intervención de las Partes (artículos 1128 y 1129) y de expertos (artículo 1133); sede del procedimiento arbitral (artículo 1130); y la interpretación de los anexos, cuando la defensa de la Parte contendiente se base en alguno de ellos (artículo 1132). Finalmente, la Sección B del Capítulo 11 establece cuál será el derecho aplicable al fondo de la controversia (artículo 1131), así como los alcances y ejecución del laudo arbitral (artículos 1134, 1135 y 1136).

Como puede constatarse en el Anexo Único, hasta la fecha este procedimiento ha sido intentado al menos en treinta y un ocasiones. Diecisiete de estos casos aún están

territorio." Debe destacarse que los redactores de este precepto emplearon la palabra "debería" en vez de "deberá" —como sí lo hicieron en el resto de preceptos del Capítulo 11— con el fin aparente de evitar generar un verdadero deber jurídico a cargo de las Partes.

⁴⁴ Estas condiciones previas consisten básicamente en el otorgamiento del consentimiento tanto del inversionistas como de la inversión, para someter una controversia a arbitraje; así como la renuncia a continuar procedimientos conforme a derecho nacional u otros procedimientos de solución de controversias respecto de la medida presuntamente violatoria, cuando tales procedimientos impliquen el pago de daños. Deber recordarse que en el caso *Waste Management*, iniciado en 1998, el tribunal arbitral determinó, que estaba "compelido a sostener que carecía de jurisdicción para juzgar el caso en disputa traído frente a él, debido al incumplimiento del Demandante de uno de los requisitos establecidos por el artículo 1121(2)(b) del TLCAN y considerado esencial a efecto de proceder con el sometimiento de la queja a arbitraje, a saber, la renuncia al derecho de iniciar o continuar ante cualquier tribunal o corte, un procedimiento de solución de controversias con respecto a las medidas adoptadas por el Demandado que son presuntamente violatorias del TLCAN" *Waste Management Inc. v. los Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/98/2, IV, p. 239 (p. 23 en el original) (Jun. 2, 2000) (Laudo sobre Jurisdicción) (per curiam).*

pendientes, ocho han sido resueltos por el tribunal⁴⁵ y cuatro más fueron declinados por el inversionista debido a razones desconocidas,⁴⁶ y dos más se han solucionado mediante la negociación.⁴⁷

De los casos terminados por resolución del tribunal sólo en siete ocasiones la decisión ha recaído sobre el fondo del asunto. En cuatro de dichas resoluciones se ha favorecido al inversionista, mientras que en tres a la Parte. En los siete casos resueltos en el fondo, las Partes demandadas han sido los tres países Partes del TLCAN; México en tres ocasiones, mientras que Canadá y los EE.UU. sólo en dos. México ha perdido dos casos y ganado otro; Canadá ha sido condenado en ambas ocasiones, mientras que los EE.UU. nunca han sido encontrados responsables por violaciones al Capítulo 11.⁴⁸

De los treinta y un casos conocidos, México ha sido demandado en catorce ocasiones, Canadá en nueve y EE.UU. en ocho.⁴⁹ Se sabe que al menos diecinueve de estos

⁴⁵ Es importante aclarar que en el caso *Pope & Talbot*, el tribunal resolvió definitivamente a favor de la Parte respecto de los argumentos elaborados por el inversionista, con relación a los artículos 1106 y 1110 (*Requisitos de Desempeño y Expropiación e Indemnización*) *Pope & Talbot, Inc. v. Canadá*, ¶¶ 80 & 105, (Jun. 26, 2000) (Laudo Preliminar sobre el Fondo) (per curiam). Más tarde, el tribunal arbitral resolvió a favor de la Parte respecto a la supuestas violaciones al artículo 1102 (Trato Nacional) y a favor del inversionista respecto a la violación del artículo 1105 (Nivel Mínimo de Trato) *Pope & Talbot, Inc. v. Canadá*, ¶¶ 194 & 195, (Abr. 10, 2001) (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2) (per curiam).

⁴⁶ Se desconoce la razón por la cual los inversionistas decidieron no proseguir con su reclamación en los casos *Halchete Distribution*; y *Signa*. Ambos casos fueron iniciados en 1995, véase Anexo Único.

⁴⁷ Los únicos casos conocidos resueltos mediante negociación son el *Ethyl* y el *Trammel Crow*, véase Anexo Único. En el primero de estos casos, el gobierno de Canadá accedió a pagar a la empresa la cantidad de 13 millones de dólares; derogar la legislación considerada por el inversionista como violatoria del Capítulo 11; y, emitir un documento en el que se afirmaba que la sustancia conocida como MMT –sustancia cuya importación se prohibió, originando la disputa–, no tenía impactos negativos en la salud humana o en el funcionamiento de los automóviles.

⁴⁸ México obtuvo una resolución favorable en el caso *Robert Azinian*; mientras que fue condenado en los casos *Metalclad* y *Feldman*. Por su parte Canadá fue considerado responsable tanto en el caso *Pope & Talbot* como en el caso *S.D. Myers*. Véase Anexo Único.

⁴⁹ Para tratar de explicar esta proporción pueden elaborarse distintas hipótesis. Una de ellas consiste en sostener que, toda vez que muchos de los principios que encierran las disposiciones del Capítulo 11 se generaron y evolucionaron en el sistema jurídico de los EE.UU., antes que en la legislación de México y Canadá, el gobierno de los EE.UU. encuentra menos dificultades en dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Capítulo 11. Por otra parte, también puede atribuirse esta circunstancia a que los EE.UU. tienen una basta experiencia litigando en tribunales internacionales, lo que finalmente redundó en mejores resultados en los arbitrajes sometidos en su contra hasta ahora. Otro factor importante a considerar, es que los EE.UU. exportan mucho más inversión hacia Canadá y México que estos dos hacia los EE.UU., lo que implica mayores probabilidades de que un inversionista norteamericano inicie reclamaciones contra los gobiernos de Canadá y México.

procedimientos han sido iniciados por inversionistas estadounidenses,⁵⁰ diez por inversionistas canadienses y uno por una empresa mexicana.⁵¹ En el caso *Halchette Distribution*, se desconoce la nacionalidad del inversionista.

2002 ha sido el año en que más casos se iniciaron, habiéndose sometido siete disputas a arbitraje. Por otro lado, en 1997 ningún caso se presentó. En promedio, de tres a cuatro casos han sido iniciados anualmente.

La instancia de gobierno cuyas acciones han sido mayormente atacadas han sido los poderes ejecutivos federales de las tres Partes (veintiuna ocasiones), mientras que en segundo lugar figuran los respectivos poderes ejecutivos locales (ocho ocasiones). La instancia que en menos ocasiones se ha visto involucrada en disputas conforma al Capítulo 11 es el legislativo local (sólo en una ocasión).

Hasta la fecha de elaboración del presente documento, el monto más elevado reclamado por un inversionista asciende a diez mil quinientos millones de dólares de los EE.UU., mientras que la reparación solicitada menos onerosa es de cuatrocientos mil dólares de los EE.UU. En total, en los casos conocidos hasta ahora, se ha reclamado por concepto de compensaciones, un total aproximado de catorce mil y medio millones de dólares.⁵²

En todos los casos resueltos contra las Partes se ha determinado el monto específico de la compensación. En el caso *Metalclad*, el tribunal ordenó el pago de dieciséis millones seiscientos ochenta y cinco mil dólares como reparación por violaciones a los artículos

⁵⁰ El hecho de que las demandas iniciadas por nacionales de los EE.UU. prácticamente tripliquen en número a las presentadas por nacionales de México y Canadá juntas, refleja la continuidad de un patrón que se observa en la mayoría de los mecanismos de solución de controversias internacionales. Históricamente, tanto los EE.UU. como sus nacionales han sido los usuarios más frecuentes de dichos mecanismos.

⁵¹ Signa S.A. de C.V. es una empresa farmacéutica mexicana, fundada en 1961, actualmente con más de 250 empleados y con domicilio en Toluca, Edo. de Méx., México.

⁵² La suma de las compensaciones requeridas en los casos conocidos, en los que este dato se ha hecho público, arrojan un total de 14,650.9 millones de dólares. Si a esta cantidad restamos la reclamación más onerosa, hecha por Methanex Corporation por 10,500 millones de dólares, observamos que el resto de las reclamaciones hechas con base en el Capítulo 11 del TLCAN suman un total aproximado de 4,150.9 millones de dólares.

1105 y 1110 del Capítulo 11. México, a través de una apelación ante la Suprema Corte de la Columbia Británica en Canadá, obtuvo una reducción de dicha compensación. México finalmente y después de poco más de cinco años de litigio, pagó a la empresa la cantidad de U.S.\$16'002,433.00.

En el caso *S.D. Mayers*, donde medidas adoptadas por el gobierno de Canadá fueron consideradas violatorias de los artículos 1102 y 1105 del Capítulo 11 del TLCAN, el tribunal fijó el monto de la compensación en CAN \$6,050,000.00, más intereses,⁵³ más CAN \$850,000.00 por pago de costos a favor del inversionista.⁵⁴

En el caso *Pope & Talbot*, el monto de la compensación ascendió solamente a U.S. \$ 461,156.00 más intereses,⁵⁵ más U.S.\$120,200.00.

Hasta el momento, el argumento más recurrido en los casos por Capítulo 11 es el de violaciones a la obligación de Nivel Mínimo de Trato (artículo 1105), intentado en veinticinco de los treinta y un casos conocidos.⁵⁶ Este argumento ha probado ser también el más exitoso, pues en los casos *Metalclad*, *S.D. Myers* y *Pope & Talbot*, los respectivos tribunales consideraron que dicho precepto había sido violado.⁵⁷

⁵³ *S.D. Myers Inc. v. Canadá*, ¶¶ 311 & 312 (Oct. 21, 2002) (Segundo Laudo Parcial) (per curiam).

⁵⁴ *S.D. Myers, Inc. v. Canadá*, ¶¶ 53 & 54 (Dic. 30, 2002) (Laudo Final, relativo a la asignación de costos entre las partes en controversia) (per curiam).

⁵⁵ *Pope & Talbot, Inc. v. Canadá*, ¶ 91 (May. 31, 2002) (Laudo sobre Daños) (per curiam).

⁵⁶ Violaciones al artículo 1110 han sido argumentadas en 23 ocasiones; al artículo 1102 en 22; al 1103 en 5; al 1104 en 3; al 1106 en 6; al 1109 en 1; al 1405 (*Trato Nacional* en materia de Servicios Financieros; invocable por virtud del artículo 1401.2 del TLCAN) en 1, y al 1503 en 1 (debe recordarse que un procedimiento arbitral conforme a la Sección B del Capítulo 11 puede iniciarse también, por violaciones a los artículos 1503.2 *Monopolios y empresas de Estado* y 1502.3.a *Empresas de Estado*).

⁵⁷ Como detallaremos más adelante, el hecho de que en los tres casos resueltos contra las Partes se les haya encontrado responsables de transgredir el artículo 1105, se debe en gran medida, a que los tribunales adoptaron una postura conforme a la cual una violación a cualquiera de las disposiciones del Capítulo 11, se traduce, casi de forma automática, en una violación al artículo 1105. Sin embargo, a mediados de 2001 y aparentemente con la intención de contrarrestar esta tendencia, la Comisión de Libre Comercio emitió una nota interpretativa sobre dicho precepto en la que señala que "la decisión de que se ha incumplido una disposición del TLCAN o de otro tratado internacional, no implica necesariamente que existe una violación al artículo 1105(1)" *Notas Interpretativas de Ciertas Disposiciones del Capítulo 11* ¶ B(3), Comisión de Libre Comercio del TLCAN (Jul. 31, 2001) disponible en <http://www.dfaif-maeci.gc/tna-nac/NAFTA-Interpreta.asp>.

El análisis legal que nos proponemos desarrollar a continuación, se concentra precisamente en las cinco disciplinas discutidas durante los procedimientos conocidos hasta ahora:

1. La obligación de Trato Nacional, contenida en el artículo 1102;
2. La obligación de Trato de Nación Más Favorecida, establecida en el artículo 1103;
3. La exigencia de otorgar al inversionista un Nivel Mínimo de Trato, acorde al derecho internacional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1105;
4. La prohibición de imponer ciertos Requisitos de Desempeño, conforme al artículo 1106 y
5. Los requisitos relativos a la Expropiación, comprendidos en el artículo 1110.

Antes sin embargo, habremos de determinar el ámbito de aplicación del Capítulo 11, para lo cual analizaremos los conceptos de "inversión" y de "medida" adoptados por el TLCAN, a efecto de identificar a los beneficiarios del Capítulo 11, así como a las actuaciones del Estado que están sujetas a las restricciones que el mismo establece.

Como anunciamos al inicio, el objetivo de este análisis es determinar si, efectivamente, los deberes impuestos por estas disciplinas son a tal grado amplios e imprecisos, que la capacidad de los Estados de adoptar o mantener medidas encaminadas a proteger el ambiente se encuentra sustancialmente amenazada.⁵⁸

⁵⁸ Algunos expertos han afirmado que la amenaza que representan estas obligaciones deriva no del hecho de que se desconozca el sentido de la decisión del tribunal –incertidumbre natural en todo proceso contencioso–, sino de la incertidumbre de "cómo puede llegar a resolver" un panel, esto es, que el desconcierto no proviene de ignorar si el tribunal resolverá a favor o en contra de alguna de las partes, sino de la incapacidad de determinar *a priori* si un acto es legal o ilegal de acuerdo al Capítulo 11. Al respecto, Howard Mann y Konrad Von Moltke, opinan que "el derecho existente en esta materia puede ser usado para sostener tanto interpretaciones extensivas como restrictivas sobre [estas] disciplinas en tanto se relacionen con regulaciones ambientales. Esto significa que cada caso será evaluado en ausencia de un patrón o tendencia guía. Esto también significa que los legisladores, preparando una nueva ley o reglamento deben evaluar cada reclamación potencial conforme al Capítulo 11, con una capacidad muy limitada de predecir si serán o no exitosas" Nota *supra* 1, p. 19.

Segunda Parte
Las Disciplinas del Capítulo 11 y la Protección del Ambiente

Capítulo I
El Ámbito de Aplicación de las Disciplinas del Capítulo 11

Para determinar el ámbito de aplicación del Capítulo 11 necesitamos responder dos preguntas. La primera de ellas es ¿qué comportamientos del Estado se ven restringidos por las disposiciones del Capítulo 11?; y, la segunda ¿quién o quiénes se benefician con tales restricciones?

Las primeras líneas del Capítulo 11 están precisamente destinadas a contestar estas preguntas. Curiosamente, la respuesta que ofrecen es también el primer motivo de controversia.

El artículo 1101 del TLCAN dispone:

Artículo 1101. Ámbito de Aplicación

1. Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- a) los inversionistas de otra Parte;*
- b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y*
- c) en lo relativo a los Artículo 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.*

La redacción de este párrafo, aparentemente tan sencilla, ha dado lugar a innumerables críticas y observaciones enfocadas, sobre todo, a destacar la amplitud y vaguedad del texto transcrito.

A. El Capítulo 11 se Aplica a las Medidas que las Partes Adopten o Mantengan. ¿Qué es una Medida?

Con base en el artículo 1101, podemos intentar responder la primera de las interrogantes planteadas al inicio de este capítulo. Podemos decir que el Capítulo 11 del TLCAN se aplica a todas las medidas que las Partes adopten a partir del 1° de enero de 1994; así como a aquellas otras que habiendo sido adoptadas con anterioridad a esa fecha, continúen vigentes tras la entrada en vigor del TLCAN.

El problema sin embargo, se advierte hasta que es necesario determinar el contenido del término “medida”. Hasta ese momento, es cuando se percibe la razón por la cual la amplitud del ámbito de aplicación del Capítulo 11 ha sido motivo de tantas controversias. El artículo 201, que establece las definiciones generales del TLCAN, es el encargado de dilucidar esta cuestión. Dicho precepto establece que:

Artículo 201. Definiciones de aplicación general

1. Para los efectos de este Tratado, salvo que se especifique otra cosa:

[...]

medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica; [...]

De esta definición deben destacarse dos cosas; la primera es que el lenguaje con el que fue redactada es sin duda muy amplio. Si bien los términos “ley” y “reglamento” tienen una connotación relativamente clara; las vocablos procedimiento y requisito son en realidad imprecisos y pueden abarcar un sin número de acciones. Más aún, la palabra práctica –tal vez el término empleado más amplio de todos– alude a una enorme variedad de comportamientos del Estado; incluyendo actos legalmente no vinculantes e incluso omisiones de todo género.⁵⁹ En segundo lugar, debe subrayarse que por si hubiera algo que

⁵⁹ La palabra práctica puede significar: (i) ejercicio de cualquier arte o facultad, conforme a sus reglas; (ii) destreza adquirida con este ejercicio; (iii) uso continuado, costumbre o estilo de una cosa; (iv) modo o método que particularmente observa uno en sus operaciones; (v) ejercicio que bajo la dirección de un maestro y por cierto tiempo tienen que hacer algunos para habilitarse y poder ejercer públicamente su profesión; (vi) aplicación de una idea o doctrina y (vii) contraste experimental de una teoría. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (21ª ed., 1992).

no quedara comprendido dentro de esta definición, los redactores del artículo 201 emplearon el término "incluye" al inicio de la misma. Con ello, hicieron de la enumeración que le precede, una lista enunciativa y no taxativa de lo que debe entenderse por medida.

La ambigüedad de esta definición ha sido respaldada por declaraciones de las Partes hechas con posterioridad a la entrada en vigor del TLCAN. Canadá por ejemplo, ha sostenido en su *Declaración sobre la Implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte* de enero de 1994, que la definición prevista en el artículo 201 del TLCAN no es una "lista exhaustiva de las formas en que los gobiernos imponen disciplina en sus jurisdicciones".⁶⁰

La discusión de lo que constituye y no constituye una medida de acuerdo al artículo 201 del TLCAN, ha sido también, un punto toral en varios procedimientos arbitrales conforme al Capítulo 11. Los argumentos planteados por los inversionistas, así como las propias decisiones de los paneles han, del mismo modo, fortalecido la interpretación amplia del término "medida".

Tal vez la discusión más importante a este respecto, fue planteada en 1996 por la empresa norteamericana Ethyl Corporation, en el caso que lleva su nombre.

Ethyl era en aquella época como hasta ahora, la única fabricante en el mundo de la sustancia conocida por sus siglas en inglés como "MMT". La empresa vendía esta sustancia a su filial canadiense, Ethyl Canada Inc.; quien tras mezclarla con otras sustancias, la distribuía de manera exclusiva en el territorio de Canadá como un aditivo para la gasolina.

En 1997, a través de la Ley sobre Aditivos para Gasolina a base de Manganese (*Manganese-based Fuel Additive Act* de 1997) ("Ley MMT"), el parlamento canadiense prohibió la importación de MMT a Canadá, así como su comercialización entre las provincias de dicho país. Según el gobierno canadiense, el objetivo de esta prohibición era proteger el ambiente y la salud de la población, toda vez que se atribuyen efectos tóxicos al

⁶⁰ Declaración sobre Implementación de Canadá, nota *supra* 19, ¶ 66.

manganeso, principal componente del MMT, cuyas consecuencias sobre los organismos vivos no han sido completamente determinadas.⁶¹ Asimismo, el gobierno de Canadá sostuvo que el MMT tenía efectos negativos en los sistemas de combustión interna de los automóviles, lo que redundaba en mayores emisiones de contaminantes a la atmósfera.⁶²

Ahora bien, la relevancia de este caso con respecto a la interpretación del término medida deriva de los siguientes hechos:

1. Al momento de presentarse tanto la notificación de la intención de someter el asunto a arbitraje, el 10 de septiembre de 1996; así como la notificación del sometimiento de la reclamación a arbitraje, el 14 de abril de 1997; la medida reclamada aún no tenía el carácter de una ley en vigor. La Ley MMT inició su vigencia a partir del 24 de junio de 1997. Esto es, Ethyl sometió su reclamación no en contra de la Ley MMT, sino contra un proyecto legislativo, a saber, la propuesta de ley C-29.
2. La empresa argumentó que diversas declaraciones hechas por el gobierno canadiense, la mayoría de ellas expresando la intención de este último de proponer medidas legislativas que prohibieran el uso de MMT,⁶³ generaron desconfianza hacia Ethyl, su filial en Canadá y el propio MMT por parte de grupos ambientalistas y medios de comunicación, dañando con ello la imagen de

⁶¹ El gobierno de Canadá sostuvo en su defensa que "la combustión de MMT produce residuos de manganeso dentro de los motores, los sistemas de control y monitoreo de contaminantes y libera manganeso respirable a través del aire así como MMT sin combustionarse a la atmósfera. En dosis altas, el manganeso respirable a través del aire derivado del procesamiento del manganeso y de procesos industriales (como la fabricación de acero) produce afectaciones neurológicas discapacitantes del movimiento y del habla con síntomas parecidos a los de la enfermedad de Parkinson. Los impactos sobre la salud de la población y el ambiente derivados de la exposición prolongada a dosis menores de manganeso respirable y de MMT sin combustionarse son desconocidas" Ethyl Co. v. Canadá, ¶ 30 (Nov. 27, 1997) (Contestación de la Demanda).

⁶² Canadá argumentó que "[l]a Ley era necesaria para prevenir el impacto negativo sobre el aire limpio, y sobre la vida y la salud, que resultaría del uso continuado de MMT en la gasolina, debido a sus efectos sobre los equipos de control de la contaminación atmosférica, los sensores de oxígeno, los sistemas OBD y las bujías" *Id.* ¶ 92.

⁶³ Cabe destacar que ninguna de estas declaraciones hace referencia directa a Ethyl Co. o a Ethyl Canada Inc., sino que se limitan a manifestar la necesidad, deseo y beneficios de legislar respecto al uso del MMT. Otro aspecto importante es que algunas de estas declaraciones no fueron publicadas directamente por el gobierno canadiense, sino por organizaciones no gubernamentales como Ottawa Citizen. Véase *Id.* ¶ 15; Ethyl Co. v. Canadá, ¶ 21 (Jun 24, 1998) (Laudo sobre Jurisdicción) (*per curiam*).

Ethyl alrededor del mundo.⁶⁴ Según la empresa estas declaraciones constituyan una medida en los términos del Capítulo 11, cuyo efecto debía analogarse al de una expropiación.⁶⁵

Es claro que ninguna de estas acciones del Estado posee el carácter de un acto legalmente vinculante. Ninguna de ellas ni siquiera, produjo por sí misma un efecto legal sobre la empresa. La discusión en este caso por lo tanto, se centró primordialmente en determinar si a pesar de ello, podían ser consideradas como “medidas” para efectos del Capítulo 11.

Por supuesto, Canadá objetó las afirmaciones de Ethyl y argumentó que ni las declaraciones hechas en apoyo de una propuesta legislativa, ni la remisión de dicha propuesta a la Casa de los Comunes y al Senado de Canadá, constituyen una medida en los términos del artículo 201 del TLCAN y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de un procedimiento arbitral conforme al Capítulo 11.⁶⁶

México, haciendo uso del derecho que le concede el artículo 1128 del TLCAN,⁶⁷ participó colateralmente en este caso, presentando al tribunal una comunicación en la que expresaba su postura respecto a la interpretación del término “medida”. El gobierno mexicano sostuvo una postura similar a la de Canadá, señalando que:

Para ser propiamente objeto de un arbitraje inversionista-Estado, la medida en cuestión debe estar en vigor al momento en el que el procedimiento arbitral fue iniciado. Tomando en cuenta la mención expresa de medidas en proyecto en otras partes del TLCAN,⁶⁸ este lenguaje [refiriéndose al lenguaje

⁶⁴ Nota *supra* 61, ¶ 15.

⁶⁵ En este momento nos ocuparemos de la discusión sobre el carácter de “medida” de tales declaraciones, más tarde abordaremos el tema de los actos expropiatorios conforme al Capítulo 11 del TLCAN.

⁶⁶ Nota *supra* 61, ¶ 22(b)(ii).

⁶⁷ El artículo 1128 textualmente señala: “Prevía notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un Tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado” nota *supra* 26.

⁶⁸ Se refiere al artículo 2004 del TLCAN, contenido en la Sección B del Capítulo 20, que versa sobre los procedimientos de solución de controversias entre las Partes respecto a la aplicación e interpretación del TLCAN, cuando la materia de la controversia no esté cubierta por el Capítulo 19 *Resolución y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias*. Dicho artículo establece que “las disposiciones para la solución de controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o *en proyecto* de otra

del Capítulo 11] *no puede ser interpretado para comprender medidas en proyecto. En la opinión de México, por lo tanto, el uso de los verbos "adoptar" y "mantener" significan que la medida impugnada debe ya existir al momento en el que el procedimiento se inicia, i.e., al momento en el que la notificación de sometimiento a arbitraje se presenta conforme al Artículo 1119.*

El tribunal sin embargo, en su laudo preliminar sobre jurisdicción, resolvió de manera contraria. La decisión del panel se concentró en el hecho de que la propuesta C-29 efectivamente llegó a ser una ley en vigor antes de que el panel rindiera su laudo. Por lo tanto, los árbitros juzgaron más eficiente continuar con el arbitraje que obligar a la empresa a iniciar nuevamente todo el procedimiento, esta vez ya contra la Ley MMT.⁶⁹

Esta decisión, una sin duda práctica, planteó sin embargo una interrogante: ¿si la propuesta C-29 no se hubiera convertido finalmente en una ley, hubiera constituido una medida por sí misma? El panel a este respecto se pronunció de forma ambigua. Por una parte reconoció expresamente que aún los actos legalmente no vinculantes pueden constituir una medida, al señalar que: “[c]laramente algo distinto a una ‘ley’, incluso algo de la naturaleza de una ‘práctica’, la cual ni siquiera puede implicar una restricción legal, puede calificar [como una medida].”⁷⁰ Por otro lado sin embargo, señaló que: “un proyecto de ley sin promulgar, que **difícilmente** puede constituir incluso una ‘práctica’, no puede ser considerado como una medida” (énfasis añadido). Esta última afirmación es particularmente interesante; si bien por un lado parece negar que un proyecto de ley pueda constituir una medida, por otro acepta que, aunque remota, existe la posibilidad de que dicho proyecto sea considerado una “práctica” y con ello una medida.

Sin embargo, la interpretación más amplia y vanguardista a este respecto, fue la ofrecida por la propia demandante. Ethyl elaboró un argumento cuya consecuencia última es –por absurdo que parezca– la de eliminar la necesidad de una medida para que un

Parte, es o *podría* ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del Anexo 2004” (énfasis añadido) nota *supra* 26.

⁶⁹ El tribunal resolvió: “[e]n todo caso, la ley MMT es, a partir del 24 de junio de 1997, una realidad, y por lo tanto el Tribunal está frente a una reclamación basada en una ‘medida’ la cual ha sido ‘adoptada o mantenida’ dentro del significado del Artículo 1101” Nota *supra* 63 (Laudo sobre Jurisdicción) ¶ 69.

⁷⁰ *Id.* ¶ 66.

arbitraje conforme al Capítulo 11 tenga lugar. La empresa concentró su atención en el lenguaje empleado en el artículo 1120 del TLCAN, que a la letra estipula:

Artículo 1120. Sometimiento de la reclamación al arbitraje

1. [...] siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje [...] (énfasis añadido).

Según *Ethyl*, con base en este precepto, un inversionista puede iniciar un procedimiento conforme al Capítulo 11, aún cuando no exista una medida en los términos del artículo 201. En opinión de la empresa, basta con que existan al menos ciertos “eventos” que tiendan a cristalizar una medida. *Ethyl* sostuvo que si las partes hubieran querido lo contrario, habrían redactado el artículo 1120 de forma distinta, usando la expresión “medida” en vez de “actos que motivan la reclamación.”⁷¹ El panel consideró innecesario pronunciarse a este respecto, toda vez que, al momento de emitir su laudo, habían transcurrido ya más de seis meses a partir de que la Ley MMT había entrado en vigor.⁷²

El caso *Ethyl* confirmó que acciones del Estado no vinculativas pueden constituir una medida de para efectos del Capítulo 11. Planteó además, la posibilidad aunque remota, de que proyectos de ley puedan considerarse como medidas. Finalmente, expuso nuevas interpretaciones que no sólo amplían los alcances de dicho término, sino que aún suprimen la necesidad de la medida misma.

Otro caso relevante para esta discusión es el *Metalclad*, en donde el gobierno mexicano fue obligado a pagar a la empresa del mismo nombre, poco más de 16 millones de dólares; entre otras razones, por no haberle brindado un esquema legal claro para el desarrollo y operación de su inversión.⁷³

⁷¹ *Id.* ¶ 83.

⁷² *Id.* ¶ 85.

⁷³ *Metalclad Corp. v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/97/1, ¶¶ 74–101 (Ago. 2, 2000) (Laudo Final) (per curiam).

Metalclad Corporation, una empresa pública norteamericana dedicada al manejo de residuos, a través de Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V., una sociedad mexicana, pretendió desarrollar entre 1993 y 1997, un confinamiento de residuos peligrosos en el municipio de Guadalcázar en el Estado de Sonora, México.

Metalclad, confiando en reiteradas aseveraciones del gobierno federal de que todos los permisos necesarios para la construcción y operación del confinamiento, incluyendo los municipales, le serían otorgados, comenzó la construcción del mismo.⁷⁴ A pesar de ello, el 5 de diciembre de 1995, el Ayuntamiento de Guadalcázar formalmente negó a la empresa la licencia de construcción, argumentando la existencia de riesgos al ambiente.⁷⁵

La discusión radicó por lo tanto, en si el Municipio tenía derecho a negar dicha licencia con base en consideraciones ambientales; o si bien, la evaluación de las implicaciones de tal naturaleza recaían exclusivamente en la federación.⁷⁶ Tras escuchar la opinión de expertos en derecho constitucional mexicano, el tribunal concluyó que:

*[...] la negativa del permiso por parte del Municipio con base en consideraciones sobre impacto ambiental en el caso de lo que era básicamente un confinamiento de residuos peligrosos, fue inapropiada, así como cualquier otra negativa del permiso por parte del Municipio por razones distintas a las relacionadas con la construcción física o los defectos del sitio.*⁷⁷

Sin embargo, no fue esta negativa la acción que el tribunal consideró como la "medida" violatoria del Capítulo 11; sino la omisión del gobierno federal de ofrecer al inversionista reglas y procedimientos claros respecto a la obtención de dicha licencia. El panel señaló:

La ausencia de una regla clara sobre la necesidad o no de un permiso municipal de construcción, así como la ausencia de una práctica establecida o procedimiento respecto a la forma de someter una solicitud para un permiso

⁷⁴ *Id.* ¶¶ 80, 85 & 87.

⁷⁵ *Id.* ¶¶ 50 & 86.

⁷⁶ *Id.* ¶¶ 79-86.

⁷⁷ *Id.* ¶ 86.

*municipal de construcción, implica una falta a cargo de México de asegurar la transparencia requerida por el TLCAN [y agregó]*⁷⁸

[...]

*México omitió asegurar un marco transparente y predecible de planeación e inversión para las operaciones de Metalclad. La totalidad de estas circunstancias demuestra la falta de un proceso ordenado y una disposición puntual con relación a un inversionista de una Parte actuando bajo la expectativa de que sería tratado equitativa y justamente de acuerdo con el TLCAN (énfasis añadido).*⁷⁹

Esta decisión confirma que no sólo acciones sino omisiones de las Partes, pueden ser consideradas como “medidas” bajo el Capítulo 11. Más aún, el término “medida” comprende no sólo omisiones que se traduzcan en el incumplimiento de las obligaciones contenidas estrictamente en dicho capítulo, sino también la omisión en el cumplimiento de cualquier obligación comprendida dentro del TLCAN e incluso, de cualquier otra obligación internacional de las Partes.⁸⁰

Como señalamos algunas páginas atrás y, tal como puede observarse en el Anexo Único de este documento, los actos que han sido impugnados a través de la Sección B del Capítulo 11, provienen de distintos niveles de gobierno y de los tres órdenes de poder. Una “medida” por lo tanto, puede revestir la forma de un acto u omisión administrativa, legislativa o judicial, emanada de un gobierno federal, local o municipal.

⁷⁸ *Id.* ¶ 88.

⁷⁹ *Id.* ¶ 99.

⁸⁰ No debe pasarse por alto que el “deber de transparencia” no está previsto en el Capítulo 11, sino en el artículo 102(1) del TLCAN, que establece los objetivos generales del tratado. El Tribunal hizo aplicable esta obligación para efectos del Capítulo 11, a través del artículo 1105, que establece la obligación de brindar a los inversionistas de otra Parte “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas” nota *supra* 26. Con base en este precepto y tomando en cuenta el razonamiento del Tribunal en este caso, podemos advertir que la omisión en el cumplimiento de cualquier obligación internacional de las Partes, en perjuicio de un inversionista de otra Parte, puede ser objeto de un procedimiento arbitral conforme al Capítulo 11, siempre y cuando, dicha violación se vincule aun de forma indirecta con una disposición contenida en la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN, o con cualquier otra disposición cuya aplicación sea exigible a través del procedimiento de solución de controversias contenido en la Sección B de dicho capítulo.

Esta afirmación, por demás consistente con las reglas sobre responsabilidad internacional de los Estados,⁸¹ ha sido sin embargo, objetada frente a un tribunal constituido conforme al Capítulo 11;⁸² en donde una vez más, los alcances del término "medida" fueron punto central del debate.

A finales de noviembre de 1995, Loewn Group Inc., una empresa funeraria canadiense, y su subsidiaria norteamericana Loewen Group International, Inc., fueron condenadas, por un jurado local de Mississippi, a pagar 500 millones de dólares por daños y perjuicios –incluyendo daños morales y penas convencionales– a la familia O'Keefe, de nacionalidad norteamericana, y a un grupo de empresas de su propiedad, dedicadas también al negocio funerario.

Para poder apelar, la empresa canadiense fue requerida a depositar una fianza de 625 millones de dólares, es decir, el equivalente al 125% del monto total de la condena.⁸³ Ante esta circunstancia, la empresa –según su propia afirmación– se vio impedida de recurrir la condena y orillada a negociar el caso en circunstancias sumamente adversas.⁸⁴ Según la empresa, el resultado del juicio obedeció a constantes referencias a su nacionalidad extranjera. Ante estos hechos, el grupo Loewen inició un procedimiento conforme al Capítulo 11, alegando haber recibido trato discriminatorio en un caso de denegación de justicia con consecuencias expropiatorias.⁸⁵

En este caso, los EE.UU. sostuvieron que la decisión de un tribunal nacional en una disputa puramente privada y que no constituye una sentencia definitiva –es decir

⁸¹ Cf. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, U.N. International Law Commission, 53rd Sess., Artículo 4, Official Records of the General Assembly, 56th Sess., Supplement 10 (A/56/10), chp.IV.E.1 (2001).

⁸² Véase *Loewen Group, Inc. v. EE.UU.*, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/93/3, (Enc. 5, 2001) (Lauda sobre Competencia y Jurisdicción) (per curiam).

⁸³ Dicho porcentaje se encuentra establecido en las leyes de Mississippi; no obstante, es posible reducir su monto o dispensarlo en su totalidad por buenas causas. Véase *Id.* ¶ 3.

⁸⁴ El caso, es decir el litigio en EE.UU., fue finalmente negociado entre las partes, comprometiéndose la empresa canadiense a pagar a la familia O'Keefe la suma de U.S. \$175'000,000.

⁸⁵ El inversionista alegó por lo tanto, violaciones a los artículos 1102, 1105 y 1110 del Capítulo 11. Véase *Loewen Group, Inc. v. EE.UU.*, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/93/3, ¶¶ 139–174 (Oct. 30, 1998) (Notificación de Sometimiento a Arbitraje).

inapelable-, no puede considerarse como una medida en los términos del artículo 201 del TLCAN.⁸⁶

El tribunal, al pronunciarse sobre estos alegatos resolvió:

'Ley' comprende reglas emanadas de un juez así como reglas escritas. 'Procedimiento' es apto para incluir tanto procedimientos judiciales como administrativos. 'Requisito' es capaz de cubrir una orden judicial que obliga a una parte a hacer o pagar una suma de dinero, al mismo tiempo que 'práctica' es capaz de denotar la práctica de las cortes u otros órganos.⁸⁷ [el tribunal agregó]

[...]

Un mecanismo adecuado para la solución de controversias tal y como se contempla en el Capítulo Once debe hacerse extensivo a los juicios, ya sean públicos o privados, en tanto el Estado Parte sea responsable del acto judicial que constituye la "medida" impugnada y, que el acto constituya una violación al TLCAN, como por ejemplo una decisión jurisprudencial discriminatoria

Con ello, el tribunal dejó claro que los actos emanados de los poderes judiciales de las Partes pueden ser considerados medidas para efectos del Capítulo 11. Ahora bien, esta decisión no responde sin embargo, la pregunta ¿sólo las decisiones judiciales definitivas pueden constituir una medida? El tribunal consideró pertinente postergar esta respuesta para su laudo sobre el fondo de la controversia,⁸⁸ no obstante, adelantó: "[l]as medidas no pueden ser confinadas a las decisiones judiciales provisionales o interinas en oposición a los actos judiciales definitivos."⁸⁹

⁸⁶ Véase nota supra 82, ¶ 32.

⁸⁷ Id. ¶ 40.

⁸⁸ Id. ¶ 74.

⁸⁹ Id. ¶ 44.

Cabe destacar que México participó también de forma colateral en este procedimiento, aduciendo que las decisiones judiciales sólo pueden constituir una medida cuando tienen efectos generales. El panel desechó este argumento.⁹⁰

Con base en lo anterior y para dar respuesta a la primera de las preguntas planteadas al inicio de este Capítulo, podemos concluir que, en términos generales, cualquier acción u omisión del Estado puede constituir una medida para efectos del TLCAN; por lo tanto, las disposiciones contenidas en el Capítulo 11 de dicho tratado, restringen prácticamente la totalidad del comportamiento de las Partes.⁹¹

Lo cierto es que esta circunstancia no es novedosa en derecho internacional. El *Proyecto de Articulado sobre Responsabilidad de los Estados Internacionales Ilegales*, considerado como una compilación del derecho consuetudinario en la materia, respalda la definición de medida adoptada por el TLCAN.⁹² Resoluciones judiciales tomadas fuera del contexto del Capítulo 11 también obedecen esta tendencia, incluyendo entre éstas, decisiones de la propia Corte Internacional de Justicia.⁹³

A pesar de ello, la amplitud de la definición de “medida” contenida en el TLCAN ha sido motivo de preocupación para algunos sectores comprometidos con la protección del ambiente.⁹⁴ Algunos opinan que no deberían considerarse medidas ciertos comportamientos

⁹⁰ El tribunal señaló: “México argumenta que, para ser considerada una ‘medida’, la decisión judicial en cuestión debe tener aplicación general. De ahí que el reconocimiento judicial de un principio general bien podría constituir una medida, mientras que una orden específica ordenando al demandado a pagar una suma de dinero no podría. La definición de ‘medida’ en el artículo 201 (que incluye un requisito) es de ninguna manera compatible con este argumento” *Id.* ¶ 52.

⁹¹ Véase nota *supra* 39 (donde se describen las medidas que se encuentran exceptuadas de las obligaciones contenidas en los artículos 1102, 1103, 1106 y 1107 del TLCAN).

⁹² Nota *supra* 81.

⁹³ En el Caso sobre Jurisdicción Pesquera (España v. Canadá), 1998 ICJ 96 (Dic. 4), la Corte Internacional de Justicia estableció: “en su sentido ordinario la palabra [medida] es lo suficientemente amplia para comprender cualquier acto, acción o procedimiento, y no impone ningún límite particular sobre el contenido material o la intención perseguida a través de ellos.”

⁹⁴ Julie Soloway, *NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest*, 9 CHOICES CAN.'S OPTIONS N. AM. 5 (2003) disponible en <http://www.irpp.org/indexe.htm>.

del Estado encaminados a salvaguardar intereses colectivos, como por ejemplo, la protección del ambiente.⁹⁵

Por supuesto, nadie sostiene que las Partes deberían estar autorizadas para llevar a cabo acciones “ambientales” discriminatorias o abusivas contra inversionistas de otra Parte. Sin embargo, para muchos el problema radica en que la forma en la que fue diseñado el Capítulo 11 del TLCAN, permite que acciones bien intencionadas y no discriminatorias de las Partes, sean consideradas violatorias de las disciplinas de dicho capítulo y resulten, por lo tanto, compensables.⁹⁶ Un hecho innegable es que hasta el día de hoy, una buena parte de las medidas controvertidas a través del Capítulo 11 estaban dirigidas –al menos nominalmente- a proteger el ambiente.

Daniel R. Loritz describió atinadamente esta problemática de la siguiente forma:

*A pesar de que ni el derecho internacional, ni el TLCAN ni el ACAAN promueven las impugnaciones de las regulaciones ambientales, las reclamaciones conforme al Capítulo 11 pueden tener un efecto paralizante sobre la voluntad de los gobiernos para emitir o aplicar dicha regulación. Si los gobiernos optan por defenderlas, corren el riesgo de tener que pagar enormes compensaciones si su defensa fracasa.*⁹⁷

B. El Capítulo 11 Protege a los Inversionistas e Inversiones de Inversionistas de Otra Parte y, en Algunos Casos, a los Inversionistas en General. ¿Qué es un Inversionista o una Inversión? ¿Cuándo el TLCAN Protege a Todos los Inversionistas?

Parafraseando el primer párrafo del artículo 1101 y tomando en cuenta lo dispuesto por otros artículos relacionados del TLCAN, podemos decir que el Capítulo 11 protege a los inversionistas de las Partes –y en algunos casos a los inversionistas de Estados no Parte– de las medidas que otra Parte – y en algunos casos de las medidas de la Parte de cuya

⁹⁵ Véase e.g. Lawrence L. Herman, *Settlement of International Trade Disputes – Challenges to Sovereignty – A Canadian Perspective*, 24 CAN.– U.S. L.J. 121 (1998).

⁹⁶ Véase nota supra 1.

⁹⁷ Nota supra 8, p. 546.

nacionalidad es el inversionista— adopte o mantenga contra una inversión o un proyecto de inversión de tales inversionistas.

Esta afirmación requiere una explicación más detallada. En términos generales, el Capítulo 11 protege a “los inversionistas de otra Parte”, expresión que de acuerdo al artículo 1139 del TLCAN, significa: “una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión;”

Esta definición se compone de dos elementos, el primero se refiere a una cualidad intrínseca del sujeto y el segundo a un objeto que éste posee o pretende poseer.

Tomando en cuenta la definición del artículo 1139 arriba transcrita, así como las de empresa y nacional contenidas en el artículo 201, podemos describir dicha cualidad intrínseca de la siguiente forma: las personas susceptibles de ser protegidas por el Capítulo 11 del TLCAN son las Partes mismas, las entidades legales propiedad de las Partes⁹⁸ y los individuos y entidades legales que gocen del carácter de nacionales de las Partes o sean residentes permanentes en el territorio de las mismas.⁹⁹

Ahora bien, estas personas requieren además, el segundo de los elementos arriba mencionados, a saber: deben tener una inversión o bien, la pretensión de tenerla.¹⁰⁰

⁹⁸ El artículo 201 define “empresa” como: “cualquier entidad legal constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“partnerships”), empresas de propietario único, conversiones u otras asociaciones” nota *supra* 26.

⁹⁹ El mismo artículo 201 define nacional como “una persona física que es ciudadana o residente permanente de una Parte y cualquier otra persona física a que se refiera el Anexo 201.1;”. En el Anexo 201.1 México por ejemplo incluye dentro del término “nacionales” a las personas referidas en los artículos 30 y 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Nota *supra* 26.

¹⁰⁰ No debe olvidarse que la definición de inversionista de una Parte prevista en el artículo 1139 del TLCAN se refiere a los inversionistas que realizan o han realizado una inversión, así como a los que *pretendan* realizarla. A pesar de que el propio Capítulo 11 no avanza nada a este respecto, nosotros consideramos que esta pretensión debe estar jurídicamente protegida por el derecho nacional o el internacional (basta con la protección del segundo) y que debe haberse materializado a través de ciertas acciones que permitan corroborar la existencia de la voluntad del inversionista en ese sentido y, con base en las cuales, se pueda determinar un daño.

El artículo 1139 también define lo que debe entenderse por inversión,¹⁰¹ y es respecto a esta definición que se han levantado también, innumerables críticas.

A diferencia de lo que sucede con el término "medida", la definición de "inversión" prevista en el TLCAN es en una enumeración limitativa en vez de enunciativa. El artículo 1139 claramente establece que cualquier reclamación pecuniaria, distinta a las específicamente enumeradas en la propia definición, no deberá considerarse una inversión. Sin embargo, no por ello es una definición restringida, por el contrario, es sorprendentemente amplia. En términos generales, inversión para efectos del Capítulo 11,

¹⁰¹ "Artículo 1139. Definiciones

"[...]

"inversión significa;

"a) una empresa;

"b) acciones de una empresa;

"c) instrumentos de deuda de una empresa;

"i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

"ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años,

"pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independiente de la fecha original del vencimiento;

"d) un préstamo a una empresa,

"i) cuando la empresa es filial del inversionista, o

"ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años,

"pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independiente de la fecha original del vencimiento;

"e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

"f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme los incisos (c) o (d);

"g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y

"h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:

"i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o

"ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

"pero inversión no significa:

"i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

"i) de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o

"ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o

"j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h)." Nota *supra* 26.

comprende cualquier asignación de recursos de un inversionista de una Parte a una actividad económica en el territorio de otra Parte, salvo las asignaciones relativas a compraventa de bienes y servicios entre personas de distintas Partes; y las relacionadas con el crédito al comercio, es decir, el financiamiento que se otorgan proveedor y cliente de bienes y servicios.

Para efectos de una mejor comprensión de la definición de inversión, podemos dividir la enumeración prevista en el artículo 1139 en dos, aquellos intereses económicos que involucran la existencia de una empresa, a los que llamaremos "inversiones empresariales" y aquellos otros que no requieren la existencia de una entidad legal distinta al inversionista mismo, a los cuales nos referiremos obviamente, como "inversiones no empresariales". Comenzaremos por estas últimas.

Las inversiones no empresariales comprenden cualquier derecho de propiedad que un inversionista utilice, o al menos haya adquirido con la intención de utilizar, para la obtención de un lucro o para "otros fines empresariales".¹⁰² Esto comprende por ejemplo, bienes raíces, instrumentos de producción y todo lo que tradicionalmente se entiende por IED; comprende también, créditos con un vencimiento mayor a tres años, derechos de propiedad intelectual y demás derechos de propiedad intangible que puedan considerarse dentro del patrimonio del inversionista.¹⁰³ Sin embargo, no comprende por ejemplo, el bien inmueble que un inversionista utilice en el territorio de otra Parte como casa habitación, ya que difícilmente podría probarse que dicha propiedad se emplea para un fin lucrativo o bien, para otro objetivo empresarial.¹⁰⁴

Las inversiones empresariales son aquellas en las que el inversionista destina recursos a una actividad económica en el territorio de otra Parte a través de una entidad

¹⁰² No es claro a que se refiere la expresión "otros fines empresariales" empleada en la definición de inversión. Tomando en cuenta que la definición de empresa prevista en el propio artículo 1139 incluye a entidades no lucrativas, consideramos que la expresión "fines empresariales" se refiere a cualquier fin que lícitamente pueda perseguir una entidad legal o persona moral.

¹⁰³ Como referimos antes, en el caso *Ethyl*, la empresa reclamaba una afectación a su imagen comercial ("goodwill").

¹⁰⁴ Esta afirmación general no desestima sin embargo, la habilidad de los asesores legales de los inversionistas, quienes han demostrado una admirable creatividad para expandir los límites, aparentemente naturales, del lenguaje del Capítulo 11.

legal.¹⁰⁵ La relación que debe existir entre el inversionista y la empresa en cuestión puede asumir una gran variedad de formas que van desde ser propietario de la misma, hasta la de haber celebrado un contrato con ella. Así por ejemplo, las acciones –sin importar su número– que un nacional de alguna Parte posea en una empresa, son considerados una inversión. En general, cualquier contrato o participación que otorgue al inversionista derecho a participar en el haber social o cuyo beneficio dependa de las utilidades de la empresa es también, considerado una inversión. Un crédito otorgado por el inversionista a una empresa por ejemplo –sin importar su monto, siempre que venza en un plazo mínimo de tres años– es una inversión para efectos del Capítulo 11.

Respecto a las inversiones empresariales no existe restricción respecto al propósito de la inversión, esto es, no es necesario que la misma esté destinada a la obtención de un lucro económico. Así por ejemplo, el crédito que otorgue un inversionista –aún cuando no estipule intereses– a una asociación civil o a cualquier otra organización no lucrativa, constituye una inversión.

Esta definición, calificada incluso por los propios negociadores del Capítulo 11 como “enormemente amplia”,¹⁰⁶ ha sido ya, motivo de controversia ante los tribunales arbitrales constituidos conforme al mismo capítulo.

El 16 de noviembre de 1995, a través de una orden provisional del Ministro de Medio Ambiente, Canadá prohibió la exportación de Bifenilos Policlorados (“BPC’s”) hacia EE.UU. para su disposición final.¹⁰⁷ La medida afectó a una empresa nacional de los EE.UU. con sus instalaciones ubicadas en dicho país, llamada S.D. Myers, Inc. (“SDM”), quien pretendía importar hacia los EE.UU. para su disposición final, BPC’s provenientes de

¹⁰⁵ Esta entidad legal no requiere estar constituida conforme al derecho de alguna de las Partes; la definición de “empresa” del artículo 201 señala: “constituida u organizada conforme al derecho aplicable”.

¹⁰⁶ Nota *supra* 34, p. 3.

¹⁰⁷ Esta orden provisional estaba viciada por algunos defectos procedimentales, por lo que hubo de ser repuesta cuatro después. Más tarde, el 26 de febrero de 1995, la orden provisional se convirtió en una definitiva o final, a través del mandato del Gobernador General del Consejo Real Canadiense (*Canadian Privy Council*) cuyo efecto fue el de modificar el Reglamento de Exportación de BPC’s (*PCB Export Regulations*).

Canadá. Por este motivo, el 30 de octubre de 1998 la empresa inició un arbitraje contra el gobierno canadiense conforme al Capítulo 11.

Los BPC's son un compuesto formado por cloro, carbono e hidrógeno que resultaba ser un aislante no reactivo (inerte) y resistente al fuego, frecuentemente usado en los sistemas de enfriamiento de diversos equipos eléctricos. A partir de la década de los 70's, los BPC's fueron reconocidos como una sustancia altamente tóxica, a la que se le atribuyen, desde entonces, efectos cancerígenos.¹⁰⁸

Actualmente, la producción y uso de BPC's están prohibidos por las legislaciones de prácticamente todo el mundo; esto ha generado la necesidad de remplazar los equipos que usaban esta sustancia y disponer de ellos, así como de los BPC's mismos, de una manera segura para la salud y el ambiente.

Por su alta peligrosidad, los BPC's no suelen confinarse; el método más aceptado para su disposición final, es la incineración a temperaturas superiores a 1200° C. Desafortunadamente, no todos los países cuentan con la tecnología suficiente para disponer así de sus BPC's. Ante esta circunstancia, algunos gobiernos optaron por exportar estos residuos, aún cuando el país de destino tampoco contara con los sistemas necesarios para su adecuada disposición.¹⁰⁹ Por este motivo, diversos compromisos internacionales fueron celebrados, entre los cuales destaca el *Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación* ("Convenio de Basilea"),¹¹⁰ cuyo objetivo es el de evitar al máximo la exportación de tales residuos, promoviendo el desarrollo de la infraestructura suficiente para que cada Estado disponga de ellos dentro de su propio territorio.¹¹¹

¹⁰⁸ En 1973 la OCDE, adoptó una Decisión del Consejo por la cual se urgió a los países miembros de esta organización a reducir el uso de esta sustancia y a controlarla de forma tal que se redujeran al máximo los riesgos a la salud humana y al ambiente.

¹⁰⁹ La mayoría de estos movimientos transfronterizos consistieron en envíos de residuos peligrosos provenientes de países desarrollados, destinados a Estados en desarrollo.

¹¹⁰ Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación disponible en <http://www.basel.int/text/textspan.html>.

¹¹¹ El Convenio de Basilea dispone en su artículo 4(2)(b) que: "Cada Parte tomará las medidas apropiadas para:
[...]"

Canadá, quien es Parte del Convenio de Basilea, sostuvo que la decisión de cerrar sus fronteras al movimiento transfronterizo de BPC's con los EE.UU., un Estado no Parte, obedecía en gran medida a la necesidad de cumplir con dicho tratado.¹¹²

Durante el arbitraje iniciado por SDM, Canadá argumentó, entre otras cosas, que las operaciones de esta empresa en territorio canadiense no constituían una inversión en los términos del artículo 1136 del TLCAN.¹¹³ Cabe destacar que al presentar su notificación de intención de someter la disputa a arbitraje, SDM no hizo referencia a ninguna empresa ubicada en el territorio de Canadá. Esta circunstancia cambió en su notificación de sometimiento a arbitraje, en donde sostuvo que la medida adoptada por el gobierno canadiense afectaba también los intereses de S.D. Myers (Canadá) Inc. ("SDMC"), con quien SDM había celebrado un contrato de *joint venture*.¹¹⁴ No es clara sin embargo, la forma en que SDMC iba a participar en la exportación de BPC's hacia EE.UU.; al parecer, estas operaciones iban a ser realizadas directamente por SDM. Es importante mencionar además, que SDM no era la dueña ni tenía el control directo o indirecto de SDMC, ya que las acciones de esta última pertenecían no a SDM, sino a los integrantes de la familia Myers; por esta razón SDM sometió su reclamación a través del artículo 1116 (reclamación de un inversionista por cuenta propia)¹¹⁵ y no a través del 1117 (reclamación de un inversionista en representación de una empresa),¹¹⁶ porque en este último supuesto habría requerido ser propietaria o tener el control directo o indirecto de SDMC.

"b) Establecer instalaciones adecuadas de eliminación para el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos, cualquiera que sea el lugar donde se efectúa su eliminación que, en la medida de lo posible, *estará situado dentro de ella*" (énfasis añadido) *Id.*

¹¹² S.D. Myers, Inc. v. Canadá, ¶¶ 20(b)-(c) (Jun. 18, 1999) (Contestación de la Demanda).

¹¹³ *Id.* ¶ 37.

¹¹⁴ S.D. Myers, Inc. v. Canadá, ¶¶ 8 & 12 (Oct. 30, 1998) (Demanda).

¹¹⁵ El artículo 1116(1) contenido en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN, establece que: "De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:

a) la Sección A o el Artículo 1503(2), 'Empresas del Estado'; o

el párrafo 3(a) del Artículo 1502, 'Monopolios y empresas del Estado', cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; [...]"

¹¹⁶ El artículo 1117(1) establece: "El inversionista de una Parte, en *representación de una empresa de otra Parte* [en este caso SDMC] que sea persona moral *propiedad* del inversionista o que esté bajo su *control directo o indirecto*, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

"[...] (énfasis añadido)."

Tomando en cuenta esta información, observemos la forma en que SDM planteó su reclamación en su escrito de sometimiento a arbitraje:

S.D. Myers buscó celebrar exitosamente contratos para el procesamiento, distribución y tratamiento de residuos contaminados con BPC's provenientes de Canadá en sus instalaciones de los Estados Unidos de América. Tales actividades tuvieron lugar al menos a partir de 1994 e implicaron la presencia continua de personal de S.D. Myers en Canadá. Adicionalmente, el inversionista [refiriéndose a él mismo] y su socio en la joint venture [refiriéndose a SDMC], tenían propiedades en Canadá para propósitos lucrativos (énfasis añadido).¹¹⁷

Es necesario señalar que la medida reclamada, es decir, la prohibición de exportar BPC's desde Canadá hacia los EE.UU., afectó principalmente a los contratos de prestación de servicios a los que se refiere SDM en el pasaje arriba transcrito. De acuerdo al artículo 1136 del TLCAN, "los contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte" no constituyen una inversión. Por lo tanto, las "operaciones" de SDM en Canadá que fueron en realidad afectadas por la prohibición y que motivaron principalmente de la reclamación, no constituían una medida de acuerdo al TLCAN. Sin embargo, el inversionista hábilmente agregó otros dos elementos, a saber: (i) la presencia continua de personal de SDM en Canadá; y (ii) la existencia de "propiedades" que poseían conjuntamente SDM y su socio SDMC, en el territorio de Canadá con propósitos lucrativos. De acuerdo al Capítulo 11, estos dos últimos elementos sí constituyen una inversión.¹¹⁸

Lo relevante, es que el análisis y decisión del tribunal se concentró en la afectación a los contratos de prestación de servicios de tratamiento y disposición final de BPC's, a

¹¹⁷ Nota *supra* 114, ¶ 15.

¹¹⁸ Artículo 1139. Definiciones

"[...]

"inversión significa;

"[...]

"g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y

"h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, [...]"

pesar de que tales contratos no habrían podido, por si solos, ser considerados como una inversión. Esto demuestra lo relativamente sencillo que resulta para un inversionista, convertir una reclamación inicialmente improcedente para efectos del Capítulo 11, en una procedente.

Esto sin embargo, no es todo. El tribunal al emitir su laudo, confirmó la enorme flexibilidad del término inversión, al señalar que:

El Tribunal no acepta que lo que de otra forma sería una reclamación meritoria deba fracasar solamente por la estructura corporativa que el inversionista adoptó para conducir sus negocios. El punto de vista del Tribunal se fortalece por el uso de la palabra "indirectamente" en la segunda de las definiciones arriba citadas [refiriéndose a la cita del artículo 1117(1)].

[...]

De acuerdo a la evidencia y sobre la base de la interpretación del TLCAN, el Tribunal concluye que SDMI era un 'inversionista' para efectos del Capítulo 11 del NAFTA y que Myers Canadá era una 'inversión'.¹¹⁹

De esta decisión debe destacarse que el tribunal resolvió que SDMC era una inversión aplicando el estándar del artículo 1117, a pesar de que: (i) el inversionista no sometió su reclamación conforme a dicho precepto, sino conforme al artículo 1116; y que (ii) SDM no tenía ni la propiedad, ni el control directo o indirecto de SDMC.

Sin embargo, por si esto no fuera bastante, el tribunal concluyó su razonamiento diciendo:

El Tribunal reconoce que hay un número de otras bases sobre las cuales SDMI pudo haber contenido que tenía la aptitud para sostener su reclamación incluyendo que: (a) SDMI y Myers Canadá eran un Joint Venture, (b) Myers Canadá era una ramificación de SDMI, (c) éste había hecho un préstamo a Myeres Canadá, y (d) sus acciones en Canadá constituían una inversión.¹²⁰

¹¹⁹ S.D. Myers, Inc. v. Canadá, ¶¶ 229 & 231 (Nov. 13, 2000) (Laudo Parcial) (per curiam).

¹²⁰ *Id.* ¶ 232. En nuestra opinión, esta afirmación es sin duda correcta; sin embargo, no podemos dejar de subrayar que el inversionista jamás sostuvo que estas fueran las inversiones afectadas en su perjuicio. Mas aún, el Tribunal en todo caso debió resolver únicamente respecto a las afectaciones que hubieran podido sufrir

Esta decisión revela la amplitud del término inversión así como la flexibilidad de los criterios empleados por los árbitros al interpretarlo. Esta amplitud sin embargo, ha provocado preocupación entre quienes consideran que medidas ambientales como la que se combatió a través de este procedimiento, se ven amenazadas por la incertidumbre respecto a lo que constituye o no una inversión y por lo tanto, respecto a qué medidas pueden afectar tales inversiones.¹²¹

Sobre los alcances del término inversión e inversionista sólo nos resta añadir que el TLCAN protege no sólo a los nacionales de otra Parte, sino incluso a inversionistas de Estados no Parte de dicho tratado. Las prohibiciones que establece el artículo 1106 por ejemplo, relativas a la imposición de requisitos de desempeño, benefician a cualquier inversión dentro del territorio de las Partes, ya sea que ésta pertenezca a un nacional de alguna de ellas o no. Nacionales de una Parte pueden incluso demandar a sus propios gobiernos, siempre que medie una empresa constituida conforme al derecho de cualquiera de las otras dos Partes.¹²² Más aún, por virtud del artículo 1113 del TLCAN, un nacional de un Estado no Parte —digamos un nacional de la República Popular de China— puede demandar a cualquiera de los tres gobiernos Parte, siempre que sea propietario o controle una empresa constituida conforme al derecho de cualquiera de ellas y: (i) el país del que sea nacional, mantenga relaciones diplomáticas con la Parte involucrada; (ii) la Parte demandada no haya adoptado medidas comerciales contra el país de la nacionalidad del inversionista; y (iii) la empresa a través de la cual el inversionista demande, tenga

estas inversiones a partir de la prohibición adoptada por Canadá y no sobre el las afectaciones a los contratos para la prestación de servicios de recolección, tratamiento y disposición final de BPC's.

¹²¹ Howard Mann y Konrad von Moltke opinan por ejemplo, que "[e]stos casos destacan la capacidad para encontrar un caso Capítulo 11 con apenas una mínima inversión. Es previsible bajo esa amplia percepción, que inversiones extranjeras mínimas puedan encontrar oportunidades plenas para impugnar medidas ambientales. Por ejemplo, un componente extranjero puede ser estratégicamente agregado a una inversión que, de otra forma sería completamente doméstica, simplemente para tener acceso a los derechos y remedios extraordinarios contenidos en el Capítulo 11. Bajo el contexto del escenario que emerge del Capítulo 11, este sería simplemente un paso a tomar" Nota *supra* 1, p. 24.

¹²² Como señalamos arriba, hasta donde tenemos conocimiento, un inversionista de nacionalidad mexicana ha notificado su intención de someter una reclamación a arbitraje conforme al Capítulo 11, contra el gobierno mexicano a través de una empresa constituida en los EE.UU.

actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte conforme a cuya ley esté constituida.¹²³

Con base en este análisis, nos es posible elaborar una respuesta a la segunda de las preguntas propuestas al inicio de este Capítulo. Del régimen legal derivado del Capítulo 11 del TLCAN, se beneficia prácticamente cualquier persona que destine recursos a alguna actividad económica dentro del territorio de una de las Partes.

Ahora bien, la pregunta llegados a este punto es ¿las Partes del TLCAN han querido adoptar una definición de inversión e inversionista tan amplia? ¿Sucede que, como algunos han afirmado, las Partes no previeron las consecuencias de una definición como la actualmente prevista por el TLCAN?

A este respecto Daniel M. Price quien, como hemos ya señalado, representó los intereses de los EE.UU. durante las negociaciones del Capítulo 11, señaló:

*Mi punto aquí es que el ámbito de aplicación del Capítulo 11, como es el caso de la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, es sumamente amplio. Esto no es un accidente. Las partes no llevaron a cabo esto inadvertidamente. Esta fue un una definición de inversiones protegidas, cuidadosamente elaborada. Donde las partes quisieron excluir algo, como deuda pública, así lo hicieron. La exclusión está ahí. Donde ellas quisieron excluir las cuentas por cobrar u otros intereses derivados meramente de ventas transfronterizas de productos, así lo hicieron. Tal exclusión está ahí. Así que la amplitud de este capítulo no fue inadvertida.*¹²⁴

¹²³ El artículo 1113 establece:

"1. Una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dichas empresas son propiedad o están controladas por inversionistas de un país que no es Parte y:

"a) la Parte que deniegue los beneficios no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o

"b) la Parte que deniegue los beneficios adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones.

"2. De conformidad con los Artículos 1803, 'Notificación y suministro de información', y 2006, 'Consultas' y previa notificación y consulta, una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de dicha Parte y a las inversiones de tal inversionista, si inversionistas de un país que no sea Parte son propietarios o controlan la empresa y ésta no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de al Parte conforme a cuya ley está constituida u organizada." Nota *supra* 26.

¹²⁴ Nota *supra* 34, p. 4.

Sin embargo, la amplitud del Capítulo 11 sólo es relevante si se relaciona con los derechos sustantivos y procesales que se conceden a los inversionistas. Es decir, nada de extraordinario tiene un grupo de disposiciones que restringen todo el comportamiento de un Estado en beneficio de muchos, si las restricciones que imponen son mínimas. Es por lo tanto, el objetivo de los siguientes capítulos responder a la pregunta ¿qué tanto se restringe la conducta de las Partes del TLCAN?; y, en especial ¿qué tanto se restringe la capacidad de las Partes para actuar en beneficio del ambiente?

Capítulo II

Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida.

La Importancia de Ser "No Nacional"

Las disciplinas de Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida contenidas respectivamente, en los artículos 1102¹²⁵ y 1103¹²⁶ del Capítulo 11 del TLCAN son, como hemos señalado ya, disciplinas comparativas. Esto significa que la evaluación de su cumplimiento se lleva a cabo comparando el trato que recibe el inversionista de una Parte con aquél que se otorga a otro inversionista, sea éste último nacional de otra de las Partes o de cualquier otro Estado.

Disposiciones como las contenidas en los referidos artículos aparecían ya en los primeros acuerdos internacionales en materia de inversión. Su finalidad es evitar que se discrimine a un inversionista extranjero por razón de su nacionalidad.

¹²⁵ "Artículo 1102. Trato nacional

"1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

"2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

"3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.

"4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:

"a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o

"b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte."

¹²⁶ "Artículo 1103. Trato de nación más favorecida

"1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

"2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones."

Estas disciplinas sin embargo, no imponen a los Estados el deber de tratar a todos los inversionistas de la misma forma. Las obligaciones de Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida permiten que los gobiernos establezcan diferencias de trato entre los inversionistas sujetos a su jurisdicción, siempre y cuando estas diferencias atiendan a la nacionalidad de los afectados. Es por esta razón que la expresión inversionistas “en circunstancias similares”, empleada tanto en el artículo 1102 como en el 1103, reviste una enorme importancia. En otras palabras, esta expresión significa que para que exista un trato discriminatorio en términos de los artículos 1102 y 1103 del TLCAN, es necesario que entre todas las variables que pueden hacer a un inversionista distinto de otro, la nacionalidad sea aquélla que motive un trato menos favorable.

A este respecto, los EE.UU. han expresado en el documento llamado *Acta de Implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Declaración sobre Acción Administrativa* (“Acta de Implementación de los EE.UU.”), que las reglas del TLCAN sobre discriminación:

prohíben la imposición de leyes y reglamentos diseñados para distorsionar las condiciones de competencia a favor de corporaciones nacionales: tales reglas no prohíben distinciones regulatorias legítimas entre tales corporaciones y los prestadores de servicios extranjeros (énfasis añadido).¹²⁷

México y Canadá de igual forma, han manifestado que el Capítulo 11 prohíbe únicamente el trato diferenciado que discrimina en atención a la nacionalidad.¹²⁸

No existe por lo tanto, discusión sobre la necesidad de prohibir los actos discriminatorios por razón de su nacionalidad. Sin embargo, evaluar el cumplimiento de las reglas contenidas en los artículos 1102 y 1103 se complica en aquellos casos en donde es

¹²⁷ *North American Free Trade Agreement Implementation Act: Statement of Administrative Action* 152, H.R. Doc. No. 103-159, Vol. I (Jun. 23, 1993). La cita se refiere a prestadores de servicios porque esta afirmación fue hecha respecto a las reglas de trato nacional y trato de nación más favorecida contenidos en los artículos 1202 y 1203 del TLCAN, contenidos dentro del Capítulo 111, que se refiere al comercio transfronterizo de servicios. Sin embargo, el espíritu de tales disposiciones es el mismo que el de los artículos 1102 y 1103.

¹²⁸ Véanse e.g. *Pope & Talbot, Inc. v. Canadá*, ¶ 3 (Abr. 7, 2000) (Primera Comunicación de los EE.UU. con base en el artículo 1128); *Pope & Talbot, Inc. v. Canadá*, ¶ 3 (May. 25, 2000) (Segunda Comunicación de los EE.UU. con base en el artículo 1128); *Pope & Talbot, Inc. v. Canadá*, pp. 2 & 3 § A1 (May. 25, 2000) (Comunicación Complementaria de México con base en el artículo 1128).

difficil determinar si un inversionista está recibiendo un trato distinto por ser extranjero o por una circunstancia diversa que justifica un trato diferenciado. Empleando el lenguaje del documento elaborado por el gobierno de los EE.UU. arriba citado, el problema radica en determinar cuándo un trato diferente deriva de una distinción regulatoria legítima y cuándo se trata de una conducta discriminatoria prohibida por el TLCAN.

En materia ambiental este problema cobra particular importancia. Dos inversionistas que desarrollen la misma actividad y en aparente igualdad de circunstancias, pueden tener impactos ambientales radicalmente distintos, dependiendo de una amplia gama de variables entre las cuales se encuentran, por ejemplo:

1. El tipo de insumos empleados;
2. Las características del resultado del proceso productivo, comprendiendo tanto las características del bien producido o el servicio prestado como las de los residuos que se generan;
3. La tecnología usada para llevar a cabo dicho proceso productivo;
4. La ubicación de las instalaciones;
5. La duración de la actividad en cuestión;
6. La ubicación en el tiempo del proceso productivo, es decir, el momento en el que se desea realizarlo; y
7. La capacidad del ambiente para absorber contaminantes.

La pregunta aquí es si la actual construcción de los artículos 1102 y 1103 preserva la capacidad de los gobiernos para hacer distinciones legítimas entre los inversionistas sujetos a su jurisdicción con base en variables ambientales o si, por el contrario, el lenguaje de dichos preceptos es a tal grado confuso, que todo trato diferenciado entre un inversionista extranjero y otro nacional puede ser considerado discriminatorio, aún cuando no se sustente en la nacionalidad.

Algunos autores consideran que efectivamente, la capacidad regulatoria de los Estados Parte del TLCAN se encuentra seriamente amenazada por el lenguaje empleado en

estos dos preceptos y que las expresiones "trato no menos favorable" y "en circunstancias similares" ameritan ser aclaradas.¹²⁹

Para constatar la certeza de esta afirmación, es necesario evaluar el significado que se le ha asignado a los artículos 1102 y 1103, a través de los argumentos planteados por las partes contendientes en los procedimientos conforme al Capítulo 11 y, sobre todo, a través de las decisiones de los tribunales en los casos hasta ahora resueltos.

Se sabe que en 22 de los 31 casos conocidos hasta la fecha, se han esgrimido violaciones al artículo 1102. El primero de estos casos fue el *Ethyl*, en donde debido a que las partes llegaron a un acuerdo, el tribunal no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los argumentos expuestos. En cinco de los siete casos resueltos en el fondo, los inversionistas han sostenido haber sido tratados de forma discriminatoria en violación al artículo 1102, a saber: en los casos *Marvin Feldman, S.D. Myers, Pope & Talbot, Mondey* y *ADF*. Sólo en los dos primeros casos, los tribunales encontraron responsables a las Partes –México y Canadá respectivamente– por incumplimiento de dicho precepto.

Pro su parte, el artículo 1103 ha sido motivo de una reclamación en cinco ocasiones: en los casos *Canfor, Crompton, Kenex, R. J. Frank* y *Doman Industries*. Hasta el momento, en ningún caso se ha encontrado responsable a una Parte por violaciones a este último precepto.

A continuación procederemos al análisis de las disciplinas comparativas del TLCAN a través de estos casos, haciendo particular énfasis sobre aquellos que han sido relevantes por sus implicaciones ambientales. Cabe recordar que en el caso *Ethyl*, la medida impugnada era la prohibición de importar MMT a Canadá debido a los supuestos efectos nocivos de dicha sustancia sobre la salud y el ambiente. En el caso *S.D. Myers* Canadá prohibió la exportación de BPC's bajo el argumento de que su movilización representaba importantes riesgos ambientales. Finalmente, en el caso *Pope & Talbot*, la controversia recaía sobre las limitaciones impuestas por Canadá a la explotación de recursos maderables.

¹²⁹ Véase e.g. nota *supra* 1, p. 31.

Para comenzar debemos señalar que el análisis de los artículos 1102 y 1103 presenta dos interrogantes: ¿qué significa la expresión “trato no menos favorable”? y ¿entre quiénes debe establecerse la comparación de trato?, esto es, ¿cómo determinar qué inversionistas se encuentran en circunstancias similares?

Respecto a la primera de estas interrogantes, los tribunales se han pronunciado de forma contradictoria. Por una parte, hay quienes contundentemente afirman que “trato no menos favorable” significa el mejor de los tratos en la jurisdicción correspondiente,¹³⁰ mientras otros sostienen que esa una cuestión irresuelta y observan que el Capítulo 11 del TLCAN no contiene algo así como una “cláusula de inversionista más favorecido” y que no hay nada en el lenguaje del artículo 1102 que sugiera que el inversionista extranjero debe recibir el mismo trato que el inversionista nacional más favorecido.¹³¹

Sin embargo, en materia ambiental esta pregunta no parece presentar mayores dificultades. Es razonable que un inversionista extranjero reciba el mismo trato –que en materia ambiental se traduce normalmente en menores restricciones– que aquél que recibe el inversionista nacional mejor tratado, siempre y cuando ambos se encuentren en las mismas circunstancias. El problema en realidad radica en contestar la segunda de las preguntas arriba planteadas: ¿cómo saber si ambos inversionistas están en igualdad de circunstancias? Como acertadamente lo señaló el tribunal en el caso *Pope & Talbot*:

*una vez que se determina la existencia de un trato diferente entre las inversiones propiedad de nacionales y aquellas en manos de extranjeros, la pregunta surge ¿están ellos en circunstancias similares? En la respuesta a esta pregunta es en donde se encuentra la cuestión sobre discriminación*¹³²

En 1993, la OCDE intentó establecer ciertos parámetros para identificar a los inversionistas respecto a los cuales debe llevarse a cabo la comparación de trato. En primer lugar determinó que la comparación es válida únicamente si se realiza entre empresas

¹³⁰ Nota *supra* 45 (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2), ¶ 42.

¹³¹ *Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID (W. Bank) No. ARB(AF)/99/1, ¶ 185 (Dic. 16, 2002) (Laudo Final sobre el Fondo) (per curiam).

¹³² *Id.* ¶ 79.

operando en el mismo sector. En segundo lugar señaló que consideraciones más generales, como los objetivos regulatorios de los Estados Miembros, pueden ser tomadas en cuenta para definir las circunstancias en las cuales la comparación entre empresas extranjeras y nacionales es permisible. Finalmente la OCDE indicó que:

*en cualquier caso, la clave para determinar si una medida discriminatoria aplicada sobre inversionistas extranjeros constituye una excepción a la regla de Trato Nacional está en determinar si la discriminación es motivada, al menos en parte, por el hecho de que las empresas en cuestión se encuentran bajo control extranjero*¹³³

Esta opinión de la OCDE, citada en la decisión de los tribunales tanto en el caso *S.D. Myers*¹³⁴ como en el caso *Pope & Talbot*,¹³⁵ establece por lo tanto dos tipos de parámetros: uno que podríamos llamar objetivo y que se refiere a las condiciones del mercado, es decir, a la forma en que se agrupa la actividad económica en el Estado receptor y la ubicación del inversionista dentro de esa estructura; y otro que se refiere a elementos subjetivos o volitivos, es decir, que aluden a la voluntad o intención del Estado al adoptar la medida.

El primero de estos parámetros, es decir, el relativo al sector económico, no deja por sí mismo de presentar complicaciones. ¿Cuál es el sentido exacto que debe darse a ese término?¹³⁶ A la palabra "sector" pueden dársele distintos significados, unos tan amplios como "sector primario" o "sector servicios" y otros tan estrechos como empresas dedicadas a la fabricación de un mismo producto.

Ahora bien, asignándole al término "sector" cualquiera de estos significados debemos preguntar: ¿pueden por ejemplo, equipararse dos empresas dedicadas a la producción de pesticidas –digamos de la misma clase– cuando los insumos que usan para

¹³³ *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises* 22, OCDE (Jul. 25, 2002) disponible en <http://www.oecd.org>.

¹³⁴ Nota *supra* 119, ¶ 248.

¹³⁵ Nota *supra* 45 (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2), ¶ 78.

¹³⁶ El tribunal en el caso *S.D. Myers* señaló: "[e]l tribunal es de la opinión de que el término 'sector' tiene una connotación amplia que incluye los conceptos de 'sector económico' y 'sector de negocios'." Nota *supra* 119, ¶ 250.

producirlos tienen impactos ambientales distintos? ¿Pueden compararse dos empresas dedicadas a prestar el servicio de almacenamiento de residuos peligrosos, ubicadas en distintas regiones de un mismo país o incluso en países distintos? Más aún, si una empresa es la única que produce o presta un bien o servicio en específico ¿puede compararse con empresas imaginarias o hipotéticas? La respuesta parece clara. No pueden llevarse a cabo tales comparaciones. De otro modo se arribaría a conclusiones absurdas e injustas, pues se pasarían por alto variables que pueden legitimar una diferencia de trato. De ahí que además del parámetro "sector" sea necesario atender a las políticas y motivaciones de la Parte que adopta la medida en cuestión. Procedamos entonces a analizar la forma en la que estos parámetros volitivos han sido valorados en los procedimientos conocidos hasta la fecha.

Ethyl Corporation era el único importador y distribuidor de la sustancia conocida como MMT en Canadá. Esto quiere decir que no existían inversionistas canadienses dedicados a la producción o comercialización de este producto con quienes pudiera establecerse una comparación. No obstante, Ethyl sostuvo que la prohibición de importar dicha sustancia era una medida discriminatoria toda vez que Canadá no prohibió paralelamente la producción de MMT en territorio canadiense. En otras palabras, el argumento de Ethyl sugería que inversionistas hipotéticos en Canadá se beneficiaban de la medida ya que éstos podían producir y comercializar MMT sin ningún obstáculo legal.¹³⁷

Considerando que: (i) Ethyl es la única productora en el mundo de MMT; (ii) más aún, que Ethyl es la única persona sobre la tierra que legalmente puede producir dicha sustancia por ser titular de la patente correspondiente; y (iii) que Ethyl no tenía plantas productoras de MMT en Canadá, sino que lo importaba para comercializarlo ¿por qué razón Canadá habría de prohibir su fabricación dentro del territorio canadiense? Parece claro que Canadá adoptó la medida más eficiente para conseguir el objetivo deseado: impedir que el MMT fuera usado en la gasolina dentro del territorio de Canadá.

¹³⁷ Nota *supra* 63, ¶ 82. Hacemos referencia a la contestación de la demanda de Canadá, porque el escrito de demanda sometido por el inversionista no se encuentra disponible al público.

El inversionista sin embargo, llevó aún más lejos su argumento sosteniendo que la medida adoptada por Canadá buscaba en realidad beneficiar a los productores nacionales de sucedáneos para el MMT.

Ante estos argumentos Canadá respondió:

*El Demandante enfatiza el hecho de que Ethyl era el único importador de MMT hacia Canadá antes de la Ley. Canadá afirma que en la medida en que esto es cierto, este hecho por sí mismo no puede dar origen a una violación de la obligación de trato nacional, toda vez que es una mera consecuencia de la estructura actual del mercado. De otra forma, medidas generales que afectan a extranjeros que constantemente o de forma temporal son los únicos proveedores en un mercado determinado, tendrían siempre consecuencias de trato nacional. El fondo de la medida y no sólo la correspondiente estructura de la industria en un momento específico, debe ser evaluado para determinar sus efectos sobre las obligaciones de trato nacional.*¹³⁸

En nuestra opinión el argumento de Canadá es correcto. La comparación entre Ethyl y empresas hipotéticas no era válida, no sólo por el hecho mismo de que tales empresas no tienen existencia real, sino porque era legalmente imposible que dichas empresas existieran en el futuro, pues Ethyl es la única titular de las patentes para la fabricación de MMT. Consideramos que cuando los artículos 1102 y 1103 se refieren a inversionistas o inversiones en "circunstancias similares" se refieren a inversionistas o inversiones que existan en los hechos o al menos, que eventualmente puedan existir.

Por otro lado, en nuestra opinión, tampoco es válido establecer una comparación entre dos empresas productoras de bienes sustituibles entre sí, cuando tales productos poseen características distintas y la medida que se impugna atiende precisamente a dichas diferencias. Los productores canadienses de sucedáneos del MMT podrían no encontrarse en "circunstancias similares" a las de Ethyl para efectos de los artículos 1102 y 1103, en la medida en que sus productos tengan impactos ambientales distintos.¹³⁹

¹³⁸ *Id.* ¶ 80.

¹³⁹ Canadá no dejó de hacer notar esta situación, señalando que: "aún si se aceptara que las 'circunstancias similares' de los inversionistas e inversiones debe considerar los productos elaborados por tales inversionistas e inversiones, esos productos tienen diferentes métodos de producción y características de oferta y demanda. Más aún, tienen propiedades, naturaleza y calidad distintas al MMT." Nota *supra* 61, ¶ 83.

Como señalamos anteriormente, este caso fue resuelto mediante negociación de las partes, por lo que no fue posible conocer la forma en que el tribunal se hubiera pronunciado sobre los argumentos expuestos por ambas partes. Sin embargo, la relevancia de este caso radica, entre otras cosas, en servir de ejemplo de la amplitud de la interpretación que puede darse al lenguaje de los artículos I 102 y I 103.

Aún más, muchos autores están preocupados porque las disciplinas comparativas del Capítulo 11 sean interpretadas usando criterios comerciales derivados de los casos sobre la aplicación del *Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio* ("GATT"); en donde para evaluar si se trata de "productos similares" —expresión empleada en los artículos III.2 y III.4 de dicho acuerdo— se utiliza el criterio de sustitución comercial, es decir, se evalúa si los productos son sucedáneos en el mercado.¹⁴⁰ La aplicación estricta de este criterio en la interpretación de la expresión "circunstancias similares" nos llevaría a concluir que Ethyl se encontraba en igualdad de circunstancias con los productores canadienses de sucedáneos del MMT, pasando por alto las diferencias de ambos productos en materia de impacto ambiental.

Resulta claro para nosotros, que la determinación de si Ethyl y las empresas canadienses productoras de sustitutos del MMT se encontraban en circunstancias similares descansa necesariamente en el análisis de la verdadera motivación del gobierno de Canadá al establecer la prohibición.

No podemos aventurar una opinión sobre si Canadá pretendía proteger el ambiente y la salud de su población o si en verdad deseaba beneficiar a un sector de su industria. Lo que ciertamente sabemos es que sólo dilucidando esta cuestión, es decir, sólo atendiendo a los parámetros volitivos del esquema propuesto por la OCDE, es posible decidir si era válida la comparación entre Ethyl y sus competidores canadienses.

¹⁴⁰ Nota *supra* 1, pp. 28 & 29.

Cabe destacar que el caso *Ethyl* no es un antecedente aislado. Recientemente, otros inversionistas se han ceñido a la interpretación del artículo 1102 planteada por Ethyl para sustentar sus reclamaciones. Tal es el caso la empresa estadounidense Crompton Corporation quien, a través de su subsidiaria en Canadá, es la única proveedora en dicho país de pesticidas elaborados con la sustancia conocida como Lindane, para el tratamiento de semillas de Canola. Crompton Corporation sostiene que la prohibición del gobierno canadiense para comercializar y usar dicho producto –prohibición que aparentemente obedece a razones ambientales–, beneficia a los productores nacionales de sucedáneos en violación al artículo 1102 del TLCAN.¹⁴¹ Este caso se encuentra actualmente pendiente de resolución.

En el caso *S.D. Myers*, sin embargo, si hubo oportunidad de conocer la decisión del tribunal respecto a la interpretación del artículo 1102 y de la expresión “circunstancias similares” contenida tanto en dicho artículo como en el 1103.

En ese caso, como hemos narrado ya,¹⁴² el inversionista reclamaba que la prohibición de exportar BPC's hacia los EE.UU. impuesta por Canadá, contravenía diversas disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN, incluyendo el artículo 1102. De acuerdo al inversionista, la medida:

[...] discriminaba en contra de los confinadores estadounidenses que deseaban operar en Canadá al impedirles exportar residuos contaminados con BPC's hacia los Estados Unidos. Por lo tanto –agregó el inversionista– a las compañías confinadoras estadounidenses no se les permitió operar en la misma forma que a las confinadoras de BPC's en Canadá.¹⁴³

Es importante señalar que Canadá siempre sostuvo que la prohibición de exportar BPC's hacia los EE.UU. obedecía a la necesidad de prevenir riesgos ambientales derivados de la transportación de dichos residuos.

¹⁴¹ Crompton Corporation v. Canadá, ¶¶ 27–29 (Nov. 6, 2001) (Notificación de la Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).

¹⁴² Véase págs 41–45.

¹⁴³ Nota *supra* 114, ¶ 37.

Es importante observar también, que Canadá es actualmente, al igual que lo era al momento de imponer la medida, parte del *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* ("Convenio de Basilea")¹⁴⁴.

En el preámbulo de dicho convenio, los Estados signatarios reconocen plenamente que los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos representan una amenaza para el ambiente y la salud; y por esa razón manifiestan su "deseo creciente" de que tales movimientos sean prohibidos.¹⁴⁵

El Convenio de Basilea no prohíbe todas las exportaciones –y sus correlativas importaciones– de residuos; esto se debe a una razón muy simple: no todos los países cuentan con la infraestructura necesaria para tratar y eliminar sus residuos de manera ambientalmente adecuada. Consecuentemente, el convenio establece que las partes sólo permitirán la exportación de residuos hacia otros Estados parte¹⁴⁶ cuando no cuenten con la infraestructura necesaria para eliminar los residuos dentro de su jurisdicción.¹⁴⁷ El espíritu

¹⁴⁴ Nota *supra* 110.

¹⁴⁵ Textualmente se señala:

"Las Partes en el Presente Convenio,

"Conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud y al medio ambiente,

"[...]

"Teniendo presente el peligro creciente que para la salud humana y el medio ambiente representan la generación y la complejidad cada vez mayores de los desechos peligrosos y otros desechos, así como sus movimientos transfronterizos,

"[...]

"Reconociendo también el creciente deseo de que se prohíban los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación en otros Estados en particular en los países en desarrollo" *Id.*

¹⁴⁶ Cabe señalar que el Convenio de Basilea prohíbe la exportación de residuos hacia países no partes del tratado. Véase *Id.* artículo 4(5).

¹⁴⁷ El artículo 4(9) del Convenio de Basilea establece:

"9. Las partes tomarán las medidas apropiadas para que sólo se permita el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos si:

"a) el Estado de exportación no dispone de la capacidad técnica ni de los servicios requeridos o de lugares de eliminación adecuados a fin de eliminar los desechos de que se trate de manera ambientalmente racional y eficiente; o

"b) los desechos de que se trate son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación; o

"c) el movimiento transfronterizo de que se trate se efectúa de conformidad con los otros criterios que puedan decidir las Partes, a condición de que esos criterios no contradigan los objetivos de este Convenio" *Id.*

de todo el Convenio de Basilea es por lo tanto, que en la medida de lo posible, los residuos se eliminen en el Estado en donde se generan.¹⁴⁸

Ahora bien, un factor de capital importancia para evaluar el contenido ambiental de la medida impuesta por Canadá, es el hecho de que las obligaciones contenidas en el Convenio de Basilea descansan sobre el supuesto de que, dado el avance tecnológico hasta ahora alcanzado, los riesgos derivados del movimiento transfronterizo de residuos peligrosos no pueden erradicarse por completo o reducirse a un nivel racionalmente aceptable. De lo contrario las partes habrían simplemente establecido mayores restricciones o salvaguardas tratándose de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos.

Por el contrario, las partes del Convenio de Basilea manifestaron inequívocamente su intención de erradicar tales movimientos y establecieron una serie de obligaciones cuyo fin es el de permitir la exportación e importación de residuos sólo cuando esto sea estrictamente indispensable.

De acuerdo a la Lista A del Anexo VIII del Convenio de Basilea, los BPC's y los objetos contaminados por ellos, son considerados residuos peligrosos.¹⁴⁹

Todo esto significa al menos, que 130 países del mundo –número de Estados parte del Convenio de Basilea–, consideran que tratar BPC's o residuos contaminados con ellos, en un país distinto a aquél en donde se generaron, implica mayores riesgos ambientales que tratarlos en éste último.

Debemos entonces preguntarnos ¿estaban SDM y sus competidores canadienses en "circunstancias similares" para efectos del artículo 1102? Sin duda ambas empresas pertenecen al mismo sector –tanto económico como de negocios–, por lo que se satisface el primero de los parámetros establecidos por la OCDE. Sin embargo, el hecho de que las

¹⁴⁸ En el preámbulo del Convenio de Basilea las partes también señalan:

"Convencidas de que, en la medida en que ello sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, los desechos peligrosos y otros desechos deben eliminarse en el Estado en que se hayan generado"

¹⁴⁹ Véase *Id.* ¶ A3180.

instalaciones de tratamiento de SDM estuvieran ubicadas en los EE.UU. en vez de en Canadá ¿no justifica una diferencia de trato?

Para nosotros es claro que el tratamiento de BPC's canadienses en los EE.UU. implicaba mayores riesgos ambientales que el tratamiento de tales residuos en Canadá. Por lo tanto, tomando en cuenta esta variable ambiental, podemos afirmar que SDM y sus competidores canadienses no estaban en las mismas circunstancias. Sin embargo, el tribunal llegó a la conclusión contraria.

En primer lugar, el tribunal señaló:

El tribunal considera que la interpretación de la expresión 'circunstancias similares' del artículo 1102 debe tomar en cuenta los principios generales que emergen del contexto legal del TLCAN, incluyendo tanto la preocupación por proteger el ambiente y la necesidad de evitar distorsiones al comercio que no estén justificadas por cuestiones ambientales. La evaluación de las 'circunstancias similares' debe también tomar en cuenta aquellas circunstancias que justificarían regulaciones gubernamentales que otorgaran un trato diferente con el fin de proteger el interés público.¹⁵⁰

No obstante esta afirmación, el tribunal jamás contempló las variables ambientales para llegar a la conclusión de que SDM y sus competidores canadienses se encontraban en circunstancias similares. El razonamiento del tribunal para arribar a tal conclusión se expresa en un solo párrafo en donde no se observan mas que consideraciones puramente comerciales:

Desde la perspectiva comercial, es claro que SDMI y Mayers Canadá estaban en 'circunstancias similares' con respecto a los operadores canadienses como Chem-Security y Cinetec. Todos ellos estaban dedicados a prestar servicios de remediación de residuos contaminados con BPC's. SDMI tenía la posibilidad de atraer consumidores que de otra forma habrían acudido a los operadores canadienses porque aquél podía ofrecerles precios más favorables y porque tenía una amplia experiencia y credibilidad. Es precisamente porque SDMI estaba en posición de excluir del mercado a sus competidores canadienses, que Chem-Security y Cintec cabildearon con el

¹⁵⁰ Nota supra 119, ¶ 250.

*Ministro de Medio Ambiente para prohibir las exportaciones cuando las autoridades de los EE.UU. abrieron la frontera.*¹⁵¹

En ninguna otra parte del laudo, el tribunal reabrió la discusión sobre si SDM y sus competidores canadienses estaban en circunstancias similares. Coincidimos con el tribunal en que, desde el punto de vista puramente comercial, las empresas en cuestión eran equiparables; pero, como el propio tribunal reconoció, a esta evaluación deben sumarse las consideraciones ambientales aplicables, a efecto de determinar finalmente, si dos inversionistas están en circunstancias similares para efectos del artículo 1102. No obstante, como si súbitamente hubiera olvidado lo que justo en el párrafo anterior acababa de afirmar, el tribunal simplemente omitió discutir las consideraciones de carácter ambiental.

La decisión del tribunal en este caso en particular, ofrece pruebas fehacientes para aquellos que afirman que las decisiones de los paneles arbitrales constituidos conforme al Capítulo 11, estarán sustancialmente influenciadas por precedentes en materia de comercio exterior,¹⁵² que históricamente han omitido incorporar variables ambientales.

El lenguaje empleado por los artículos 1102 y 1103 del Capítulo 11 tiene su origen en el artículo III del GATT, que data de 1947. La jurisprudencia derivada de las disputas relativas a la interpretación y aplicación de dicho precepto del GATT, se han basado principalmente en el criterio de "sucedaneidad de productos en el mercado"; criterio que, como señalamos arriba, no toma en cuenta variables ambientales —como los métodos o la ubicación temporal o espacial de la producción—. Precisamente en estos precedentes comerciales o arancelarios parece haberse inspirado la decisión del tribunal en el caso *S.D. Myers*. La pregunta es entonces: ¿el lenguaje de un precepto diseñado hace ya más de medio

¹⁵¹ *Id.* ¶ 251.

¹⁵² Robert K. Paterson, profesor de derecho en la Universidad de la Columbia Británica en Vancouver, escribió: "Es posible que un tribunal al interpretar y aplicar las palabras 'en circunstancias similares' (en el contexto del una disputa en materia de inversión bajo el Capítulo 11) se base en la jurisprudencia derivada del GATT/OMC respecto a la interpretación del artículo III del GATT... [s]i un tribunal constituido conforme al Capítulo 11 interpreta las palabras "en circunstancias similares" a la luz del artículo III, probablemente se basará en la jurisprudencia de la OMC relativa a los productos 'directamente competitivos o sustitubles'... [s]i un tribunal se basa en este primer aspecto de la jurisprudencia sobre el artículo III, puede inclinarse a adoptar una postura *liberal* en la determinación de si dos o más inversionistas están en 'las mismas circunstancias' (y por lo tanto merecen un trato idéntico) (énfasis añadido)." *A New Pandora's Box? Private Remedies for Foreign Investors Under the North American Free Trade Agreement*, 8 WILLAMETTE J. INT'L L. & DISP. RESOL. 77, 92 & 93 (2000).

siglo sirve para atender las preocupaciones actuales sobre protección del ambiente? Más aún ¿dicho lenguaje debe interpretarse atendiendo exclusivamente a precedentes comerciales en donde las variables ambientales no han sido tomadas en cuenta debidamente?

Estas sin embargo, no son las únicas interrogantes que plantea la decisión del tribunal en el caso *S.D. Myers*. Los árbitros en este caso concluyeron su razonamiento diciendo:

*CANADÁ estaba preocupada por asegurar la fortaleza económica de la industria canadiense, en parte, porque deseaba preservar la capacidad de procesar BPC's dentro de Canadá en el futuro. Este es un objetivo legítimo, consistente con los fines del Convenio de Basilea. Había varias formas legítimas a través de las cuales CANADÁ pudo haber logrado tal objetivo sin haber impedido, a través de la Orden Provisional y la Orden Final, que SDMI exportara BPC's para ser procesados en los EE.UU. El motivo indirecto era entendible, sin embargo el método contravino los deberes de CANADÁ bajo el TLCAN. El derecho de CANADÁ de dirigir todos los requerimientos gubernamentales y de otorgar subsidios a la industria canadiense no son mas que dos ejemplos de medidas legítimas alternativas. El hecho de que el asunto fuera posteriormente atendido y la frontera re-abierta también muestra que CANADÁ no estaba impedida de atender la situación de manera efectiva.*¹⁵³

Hasta donde un servidor entiende, las disciplinas comparativas previstas en los instrumentos internacionales en materia de inversión, como el artículo 1102 y 1103, no imponen a los Estados la obligación de tratar de igual forma, bajo cualquier circunstancia, a los inversionistas nacionales y a los extranjeros. En el Acta de Implementación de los EE.UU., al que hemos hecho ya referencia,¹⁵⁴ se señala que las reglas de trato nacional "no prohíben distinciones regulatorias legítimas". Esto significa que cuando el Estado otorga un trato distinto a los inversionistas nacionales y a los extranjeros para satisfacer un fin regulatorio legítimo, no estando su decisión esencialmente basada en la nacionalidad, dicha diferenciación no puede ser considerada como discriminatoria a la luz de las obligaciones de trato nacional.

¹⁵³ Nota *supra* 119, ¶ 255.

¹⁵⁴ Nota *supra* 127.

Bien, pues en el caso *S.D. Myers*, el tribunal no sólo omitió discutir las variables ambientales para concluir que dicha empresa y sus competidoras canadienses se encontraban en las mismas circunstancias, sino que admitió, expresamente, que Canadá perseguía un "objetivo legítimo, consistente con los objetivos de la Convención de Basilea" (énfasis añadido) y a pesar de ello condenó a Canadá por violación al artículo 1102.¹⁵⁵

¿Esto significa que ya no basta que el Estado persiga un fin regulatorio legítimo para que no exista una violación al deber de trato nacional? ¿Significa entonces que, no importando las circunstancias, los gobiernos de las Partes del TLCAN deben tratar siempre y sin ninguna excepción, igual a los inversionistas nacionales y a los extranjeros? ¿Bajo qué criterio entonces podemos distinguir a una medida discriminatoria de aquélla que legítimamente otorga tratos diferenciados?

Admitimos que de acuerdo a los parámetros establecidos por la OCDE, una medida es discriminatoria si "al menos en parte" se sustenta en el hecho de que las empresas que están recibiendo un trato diferenciado se encuentran bajo control extranjero.¹⁵⁶

Bajo esta perspectiva, alguien podría sostener que el tribunal en el caso *S.D. Myers* se apegó a los criterios internacionalmente reconocidos, ya que si bien la decisión de Canadá perseguía un fin legítimo, su realización implicaba la adopción de medidas que tomaban en cuenta la nacionalidad de los inversionistas como criterio para otorgar un trato diferenciado. Tal apreciación sin embargo, sería errónea.

La pregunta relevante aquí es ¿qué debe pasar cuando el Estado toma una decisión en donde la nacionalidad de los inversionistas es relevante y sin embargo no es el elemento fundamental para tomar la decisión? Expliquemos un poco más esta cuestión: dos inversionistas pueden guardar múltiples diferencias entre sí, a las cuales podemos llamar variables y a las que podemos calificar como variables ambientales cuando tienen

¹⁵⁵ Nota *supra* 119, ¶ 255.

¹⁵⁶ Nota *supra* 137.

repercusiones sobre la protección del ambiente. Ahora bien, dentro del conjunto de diferencias que pueden existir entre dos inversionistas no sólo existen variables ambientales, sino también de otra índole, entre las cuáles se encuentra la nacionalidad.

Por lo tanto, si un tribunal llega a la conclusión de que un Estado adoptó una supuesta medida ambiental para beneficiar a sus inversionistas sobre los extranjeros y que el supuesto fin ambiental no era más que una argucia para justificar la medida, el tribunal debe entonces juzgarla como una violación al deber de trato nacional, toda vez que la medida no se sustentaba realmente en variables ambientales, sino en la variable nacionalidad.

Por el contrario, en nuestra opinión, si el tribunal determina que la medida del Estado se basa en una variable ambiental, entonces debe resolver que el Estado no incumplió su deber de trato nacional, a pesar de que una de las diferencias entre los inversionistas que reciben un trato desigual sea, además de las variables ambientales, la nacionalidad.¹⁵⁷

Las disciplinas comparativas del Capítulo 11 del TLCAN —entiéndase las contenidas en los artículos 1102 y 1103— no son "disposiciones no culposas",¹⁵⁸ lo que significa que únicamente surge para el Estado el deber de compensar, cuando ha actuado de forma indebida, esto es, cuando actuó de forma discriminatoria; y un Estado actúa de forma

¹⁵⁷ Esto puede ilustrarse mejor a través de un ejemplo. Supongamos que un Estado impone restricciones distintas a dos productores de aerosoles de los cuales, el primero no emplea sustancias que dañen la capa de ozono mientras que el segundo sí. En este supuesto, es claro que el Estado debe otorgar un trato distinto a cada uno de estos productores, lo que en nada debe afectar la legalidad del trato diferenciado bajo el derecho internacional. Sin embargo, supongamos que el primer productor es nacional del país en cuestión, mientras que el segundo resulta ser extranjero. Aquí el hecho simple de que ambos inversionistas posean una nacionalidad distinta no debe por sí mismo, transformar lo que normalmente sería una medida legítima del Estado en una violación de la normatividad internacional.

¹⁵⁸ El término deriva de la expresión en inglés "*no-fault provision*" comúnmente usada por varios tratadistas para describir a aquellas obligaciones que imponen a los Estados el deber de compensar cuando llevan a cabo ciertas medidas, aún sin que el Estado haya actuado con culpa, es decir, en violación a una norma legal. Véase por ejemplo a Ian A. Laird, nota *supra* 8, p. 226. Como observaremos más adelante, las obligaciones derivadas del artículo 1110 del TLCAN representan un buen ejemplo de disposiciones no culposas, toda vez que las Partes deben compensar a los inversionistas afectados por una expropiación directa o indirecta, aún cuando ésta se haya llevado a cabo de forma no discriminatoria, por un fin de utilidad pública y en observancia a las reglas de trato justo y equitativo.

discriminatoria –para efectos de tales artículos– únicamente cuando su comportamiento se basa en la nacionalidad de sus destinatarios.

Consecuentemente, en el caso que nos ocupa el tribunal debió indagar si la medida se basaba en una variable ambiental o en la nacionalidad de los inversionistas. Esto sin embargo, no sucedió. El tribunal admitió que existía un fin ambiental legítimo y que se traducía incluso en un deber internacional por virtud del Convenio de Basilea. En nuestra opinión, la secuencia lógica de esta conclusión, nos lleva a admitir que para alcanzar dicho fin, Canadá requería distinguir entre inversionistas que operaran dentro de su territorio (porque su ubicación era precisamente la variable ambiental relevante) y aquéllos que operaran fuera de él. Esto necesariamente nos lleva a concluir que el criterio que sirvió de base para otorgar tratos diferenciados entre los inversionistas pudo haber sido en realidad su ubicación, sólo que las diferencias de localización en este caso, estaba ligadas a las diferencias de nacionalidad. Por lo tanto, la nacionalidad en si misma pudo no haber sido el factor que motivó la diferencia de trato, sino una variable ambiental, a saber: la diferencia de riesgos que implica trasladar BPC's fuera de Canadá, con respecto a los riesgos que entraña tratarlos dentro del territorio canadiense.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, los parámetros ofrecidos por la OCDE deben interpretarse en el sentido de que una medida es discriminatoria si y sólo si la nacionalidad es el criterio inmediato para otorgar tratos distintos y no simplemente una variable más involucrada, que no juega un papel determinante para la decisión del Estado.

Lo que en nuestra opinión sucedió en realidad, es que el principio conforme al cual el tribunal orientó su decisión fue el de la "medida menos restrictiva". De acuerdo a este principio comercial, los Estados están obligados a preferir aquellas medidas que impongan menores restricciones al comercio sobre aquellas que interfieran en mayor medida con dicha actividad. En este caso, el tribunal concluyó que existía un fin subyacente legítimo para la medida; sin embargo, a pesar de ello la consideró ilegal porque, de acuerdo al

propio tribunal, existían medidas alternativas que implicaban menores restricciones a las actividades comerciales de S.D. Myers en Canadá.¹⁵⁹

Aparentemente, esto no sólo agrega un nuevo elemento al *test* para determinar si una medida es violatoria del deber de trato nacional; sino que vuelve irrelevantes al resto de los criterios. El hecho de que una medida que otorga tratos diferenciados no se base en la nacionalidad de los inversionistas es irrelevante, porque ahora, de acuerdo al criterio del tribunal en el caso *S.D. Myers*, aún cuando la diferencia de trato se base en un fin ambiental legítimo, dicha diferencia viola el artículo 1102 si no es la medida menos restrictiva entre aquéllas que el Estado tenía a su alcance.

A este respecto debemos señalar dos cosas:

1. No entendemos cómo las supuestas alternativas al alcance de Canadá no hubieran constituido también violaciones a la obligación de trato nacional. Si como aconseja el tribunal, Canadá hubiera otorgado subsidios a su industria de tratamiento de BPC's, esto sin duda hubiera implicado un trato más favorable para los inversionistas canadienses. Nos es incomprensible como esto no hubiera sido, bajo los mismos criterios adoptados por el tribunal, una violación al artículo 1102 o a otras disposiciones –sobre todo aquéllas en materia de competencia desleal– contenidas en el TLCAN.¹⁶⁰

2. En nuestra opinión, el tribunal malinterpretó completamente el sentido y espíritu del artículo 1102. Este precepto no sanciona las restricciones al comercio *per se*; el artículo 1102 sólo penaliza tales restricciones cuando éstas se imponen de manera discriminatoria

¹⁵⁹ Esta decisión del tribunal fue sumamente criticada por diversos grupos ambientalistas. *Public Citizen* observó: el "tribunal en el caso S.D. Myers bajo el Capítulo 11 determinó que la prohibición temporal de Canadá para las exportaciones del BPC's era racional por virtud de diversas consideraciones ambientales. Sin embargo, el tribunal también resolvió que las acciones de Canadá eran ilegales conforme al TLCAN, porque el tribunal decidió que la forma en la que Canadá buscó implementar su objetivo ambiental no era la comercialmente menos restrictiva posible. El panel, sin ninguna experiencia en política ambiental sugirió sin embargo, una variedad de alternativas menos restrictivas comercialmente que Canadá pudo haber adoptado para alcanzar objetivos similares. PUBLIC CITIZEN GLOBAL WATCH, PHILIP MORRIS THREATENS PROPOSED CANADIAN TOBACCO LAW WITH NAFTA SUIT 2 (Public Citizen Global Watch 2002).

¹⁶⁰ La recomendación que el tribunal hace a Canadá podría expresarse también como diciendo: pudiste tomar una medida distinta respecto de la cual no tendrías que pagar una compensación decretada por el este tribunal, pero si por otro panel constituido conforme a otro capítulo del TLCAN o conforme a las reglas del GATT.

con base en la nacionalidad. Si el tribunal concluyó que Canadá actuó en contravención al principio de la "medida menos restrictiva", debió entonces probar que la observancia de dicho principio era obligatoria para Canadá¹⁶¹ y, en todo caso, condenar a Canadá por violación al artículo 1105, al no haber otorgado a S.D. Myers trato acorde al derecho internacional, pero no por violación al artículo 1102. En otras palabras, la decisión del tribunal desnaturalizó el deber contenido en el artículo 1102 del TLCAN.

En conclusión, la decisión del tribunal en el caso *S.D. Myers* o al menos el razonamiento empleado para llegar a ella, es en nuestra opinión equivocado. No podemos dejar de destacar los efectos negativos que una decisión errada como la que nos ocupa, genera en relación con la habilidad reguladora de las Partes del TLCAN. Una interpretación como la que llevó a cabo el tribunal respecto al artículo 1102, genera un estado de incertidumbre respecto al alcance de las obligaciones de los tres gobiernos; lo que a su vez inhibirá muy probablemente, las acciones de las Partes en beneficio del ambiente.

Sin embargo ¿es esto consecuencia de un error humano como del que es susceptible cualquier actividad judicial? o bien ¿se trata de una falla en el diseño del artículo 1102? ¿Se trata de un caso aislado o la ambigüedad del lenguaje del Capítulo 11 propició y seguirá propiciando esta clase de errores?

Observemos ahora lo sucedido en el caso *Pope & Talbot*. En esa ocasión la medida combatida era la asignación de cuotas para la exportación de madera hacia los EE.UU. impuesta por el gobierno canadiense como resultado un acuerdo internacional en la materia celebrado entre estos dos países.¹⁶² Según la empresa norteamericana Pope & Talbot, Inc. la forma en que habían sido asignadas tales cuotas violaba, en perjuicio de su subsidiaria canadiense Pope & Talbot Ltd., el artículo 1102 del TLCAN, entre otros. Al resolver esta cuestión el panel arbitral señaló:

¹⁶¹ Ya fuera a través de una regla de costumbre internacional o como un principio general de derecho; o bien como un principio subyacente al Capítulo 11 del TLCAN.

¹⁶² Nos referimos al Softwood Lumber Agreement Between The Government Of The United States Of America And The Government Of Canada, May. 26, 1996, 35 I.L.M. 1195 (1996).

Al evaluar las implicaciones del contexto legal, el Tribunal cree que, como primer paso, el tratamiento otorgado a una inversión extranjera protegida por el artículo 1102(2) debe ser comparado con aquél que recibe una inversión doméstica en el mismo sector de negocios o económico. Sin embargo, este primer paso no es el último. Diferencias de trato presumiblemente violan el artículo 1102(2), a menos que éstas tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales razonables que (1) no distingan, en la letra o en los hechos, entre compañías domésticas y extranjeras, y (2) no mermen indebidamente de ninguna otra manera, los objetivos de liberalización de la inversión del TLCAN.¹⁶³

Sobre este pasaje deben destacarse tres cosas. En primer lugar, es interesante la presunción que parece establecer el tribunal respecto a la ilegalidad de cualquier diferencia de trato entre una inversión nacional y otra extranjera. Según el tribunal, una medida cuyo efecto es producir diferencias de trato entre inversiones nacionales y extranjeras debe considerarse *prima facie* como ilegal. Sobre la utilidad de esta presunción nos pronunciaremos más tarde.

En segundo lugar, debe observarse que el tribunal asevera lisa y llanamente, que una medida debe considerarse ilegal si distingue en los hechos entre una inversión nacional y una extranjera. Si nos apegamos estrictamente a lo que señala el tribunal en este párrafo, necesariamente habríamos de concluir que toda medida cuyo efecto sea generar una distinción de trato en los hechos, entre inversiones o inversionistas nacionales y extranjeros, viola el artículo 1102 sin importar si la diferencia se basa en la nacionalidad de los involucrados. Al hablar de distinción en los hechos, el tribunal quiso referirse seguramente a lo que se conoce como discriminación *de facto*. Lo que el tribunal omitió señalar es que una medida de esta naturaleza no es violatoria del artículo 1102, aún cuando produzca dicho efecto, si obedece a un fin legítimo y no a la intención de favorecer a los inversionistas nacionales.

Finalmente, es relevante que el tribunal haya introducido a la evaluación del cumplimiento del artículo 1102, dos elementos que no aparecen expresamente en el lenguaje de dicho precepto: (i) la "racionalidad" en la política de la que se desprende la

¹⁶³ Nota *supra* 45 (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2), ¶ 78.

medida y la "racionalidad" del vínculo entre la medida y dicha política;¹⁶⁴ y (ii) la consideración de los fines de liberalización de la inversión contenidos en el TLCAN.

El tribunal continuó diciendo:

Por una parte, esta postura evoca la sugerencia de Canadá de que el artículo 1102 prohíbe un trato discriminatorio tomando como base la nacionalidad de la inversión extranjera. Las otras Partes del TLCAN han adoptado la misma postura. Sin embargo, el Tribunal considera que la postura propuesta por las Partes del TLCAN tendería a excusar la discriminación que en apariencia no se dirige a las inversiones extranjeras. Una decisión respecto a la cuestión de las circunstancias similares, por otro lado, requerirá analizar cualquier diferencia de trato, demandando que esté justificada, mostrando que guarda una relación razonable con políticas razonables no motivadas por la preferencia de las inversiones nacionales sobre las extranjeras (énfasis en el original).¹⁶⁵

Es interesante que el tribunal haya decidido desechar la interpretación unánimemente de los tres gobiernos respecto al artículo 1102 del TLCAN;¹⁶⁶ sin embargo, desde nuestro punto de vista, no había razón para hacerlo. Todo lo que las Partes parecen decir es que el tipo de discriminación que prohíbe el artículo 1102 es aquélla que se basa en la nacionalidad, aseveración con la que –valga reiterar– estamos de acuerdo. No obstante, el tribunal pareció interpretar esta afirmación como diciendo que la única discriminación sancionable a través de dicho precepto es aquella que distingue expresamente –en “la letra”– entre inversionistas nacionales y extranjeros. Por lo tanto, el tribunal parece incurrir en una contradicción: por una parte rechaza el criterio propuesto por las Partes y por la otra implica que una medida está justificada –y es por ende legal– si “racionalmente” se basa en alguna política “racional” del gobierno, no motivada por la preferencia hacia las inversiones nacionales, esto es, no motivada por la nacionalidad de las inversiones. Por lo

¹⁶⁴ La racionalidad del vínculo entre la medida y la política con la cual se pretenda vincular, puede ser descrita en nuestra opinión, también como proporcionalidad. Esto es, creemos que cuando el tribunal se refiere a racionalidad del vínculo, pretende implicar que no basta una política racional para una medida sea legal, sino que es necesario además, que las acciones que adopte el Estado para la consecución de los objetivos de dicha política sirvan realmente para la alcanzar tales objetivos.

¹⁶⁵ Nota *supra* 45 (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2), ¶ 79.

¹⁶⁶ En otras palabras, el tribunal decidió desentrañar cuál fue la intención de las Partes al redactar el artículo 1102, ignorando lo que las propias Partes le dijeron respecto a cual fue su voluntad.

tanto, a nuestro parecer, la postura de las Partes y del tribunal, a pesar de las diferencias de lenguaje, en realidad apuntan hacia un mismo sentido.

Finalmente, el tribunal en este caso desechó la reclamación del inversionista con relación al artículo 1102, toda vez que no existía evidencia de que la diferencia de trato se basaba en la nacionalidad de los inversionistas.¹⁶⁷

Por ello, consideramos que si bien la decisión del tribunal respecto al artículo 1102 fue finalmente acertada, los razonamientos y afirmaciones esgrimidos para llegar a dicha decisión ciernen, desde nuestro punto de vista, más dudas de las que resuelven. Valga preguntar: ¿qué significa exactamente una política "racional"? ¿bajo qué criterio se determina si la medida guarda un vínculo "racional" con una política de Estado? ¿racionalidad significa la menor restricción al comercio posible? En ese sentido, una medida puede ser "racional" desde el punto de vista ambiental y sin embargo ser "irracional" desde el punto de vista comercial, como lo muestra la decisión del tribunal en el caso *S.D. Myers*. ¿Qué significa mermar indebidamente los fines de liberalización de la inversión del TLCAN? ¿Dónde se encuentra el catálogo de dichos fines? y ¿qué restricciones imponen a la conducta de las Partes?

El problema con la decisión de los tribunales en los casos *S.D. Myers* y *Pope & Talbot*, no radica en la justicia o injusticia de sus decisiones, sino en el hecho de que sus afirmaciones y decisiones con respecto al artículo 1102, lejos de aclarar el alcance de los deberes que este precepto impone, han malinterpretado su contenido y con ello generado un estado de peligrosa incertidumbre.

¹⁶⁷ El tribunal en su laudo llega a afirmar:

"Toda vez que la decisión afecta a alrededor de 500 productores propiedad de canadienses exactamente en la misma forma en la que afecta al inversionista –refiriéndose a *Pope & Talbot, Inc.*– no puede razonablemente describirse como motivada por el tipo de discriminación prohibida por el artículo 1102". Nota *supra* 45 (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2), ¶ 87. En otra parte del laudo el tribunal concluye también: "El acuerdo indudablemente tuvo un efecto adverso mayor sobre algunos productores de la Columbia Británica con relación a otros, pero no existe evidencia convincente de que estuviera basado en alguna distinción entre compañías propiedad de extranjeros y compañías propiedad de nacionales" *Id.* ¶ 103.

Nada habría que objetar si el tribunal en el caso *S.D. Myers* hubiera concluido que Canadá era responsable internacionalmente por violaciones al artículo 1102 del TLCAN, por haber otorgado un trato distinto con base en la nacionalidad de los inversionistas. Por el contrario, el tribunal reconoció la legitimidad de la distinción de trato y basó su decisión, equivocadamente, en la restrictividad comercial de la medida.

El tribunal en el caso *Pope & Talbot* pudo haber contribuido sustancialmente a clarificar el contenido del artículo 1102 si hubiera reconocido la validez de la interpretación de las Partes y sujetado las medidas de Canadá a escrutinio utilizando exactamente el mismo criterio que empleo para resolver si éstas eran "racionales". En cambio, el tribunal introdujo los conceptos de "racionalidad de la política", "racionalidad del vínculo" y "consistencia con los fines liberalizadores de la inversión", que no hacen más que acendrar la ambigüedad del lenguaje del artículo 1102.

Consideramos que la adecuada interpretación de la obligación de no discriminar en materia comercial debe atender a la intención del Estado al imponer la medida; esto es, debe determinar si la diferencia de trato se sustenta en la nacionalidad de los afectados o en otra variable legítima. Sólo a través de esta interpretación puede dársele a las disciplinas comparativas del TLCAN la dimensión que les corresponde.

Puede sostenerse que es altamente complicado para un tribunal evaluar cuál fue la verdadera intención de un Estado al asumir determinado comportamiento; o bien, como lo hizo el tribunal en el caso *Marvin Feldman*, que "requerir al inversionista extranjero que pruebe que la discriminación está basada en su nacionalidad podría ser una carga insuperable para el Demandante."¹⁶⁸ Sin embargo, creemos que los árbitros gozan de amplias facultades para cumplir con una tarea como la que proponemos.

En primer lugar, consideramos que desentrañar el sentido de una medida de Estado no es imposible y prueba de ello es el hecho de en que el caso *S.D. Myers*, el tribunal

¹⁶⁸ Nota *supra* 131, ¶ 183.

desentrañó el objetivo de la prohibición impuesta por Canadá y determinó que ésta tendía a satisfacer los objetivos del Convenio de Basilea.

Por otra parte, creemos que son las Partes quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que existe entre los inversionistas en cuestión, variables distintas a la nacionalidad que justifican un trato distinto. En este sentido, puede encontrarse útil la presunción sugerida por el tribunal del caso *Pope & Talbot* por la cual, una diferencia de trato en los hechos puede presumirse ilegal salvo que exista evidencia de que las inversiones o inversionistas no se encuentran en circunstancias similares, es decir, que existe una o más variables además de la nacionalidad, que los hacen distintos y que justifican la diferencia de trato. Así, si la Parte demandada no ofrece evidencia suficiente para demostrar que existía una base legítima para la diferencia de trato, entonces los árbitros deben, como lo hizo el tribunal en el caso *Marvin Feldman* "asumir que el trato diferenciado es el resultado de la nacionalidad del Demandante, al menos en ausencia de alguna evidencia en contrario."¹⁶⁹

Por lo tanto, es posible afirmar que los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11 del TLCAN pueden y deben dilucidar el motivo de las medidas sostenidas o adoptadas por las Partes para decidir si éstas violan los artículos 1102 u 1103.

Por último debemos señalar que toda aplicación e interpretación jurisdiccional de una norma entraña cierto grado de incertidumbre. Pero la libertad de acción y la convivencia natural de los sujetos de esa norma es posible sólo si ese grado de incertidumbre no rebasa los límites de lo aceptable. Con base en los hechos hasta aquí expuestos, consideramos que el lenguaje del artículo 1102, al igual que varias de las decisiones arbitrales que lo han interpretado, están fuera del límite de lo aceptable y amenazan, consecuentemente, el buen funcionamiento de la capacidad de los tres gobiernos para regular en favor del ambiente.

¹⁶⁹ Nota *supra* 131, ¶ 181.

Capítulo III

Nivel Mínimo de Trato.

¿Quién Sabe Qué es el Derecho Internacional?

El artículo 1105 del TLCAN,¹⁷⁰ a diferencia de los artículos 1102 y 1103, no es una disciplina comparativa, esto es, la evaluación de su cumplimiento no se realiza cotejando el trato que recibe el inversionista extranjero con aquél que se otorga a los inversionistas nacionales. Mientras que las disciplinas comparativas del TLCAN tienen como finalidad asegurar que el inversionista reciba el mejor de los tratos disponibles en la jurisdicción de que se trate, el artículo 1105 pretende asegurar que, sin importar cuanto pueda descender el estándar de trato nacional, el inversionista extranjero no recibirá un tratamiento inferior a los estándares mínimos que establezca el derecho internacional.

En otras palabras, el nivel de trato que una Parte del TLCAN otorgue a un inversionista de otra Parte puede mejorar o empeorar sin que exista una violación a los artículos 1102 u 1103, mientras que dicho nivel ascienda y descienda de igual forma para el inversionista extranjero y para los inversionistas nacionales o de terceros Estados. Sin embargo, si este nivel de trato desciende por debajo del límite que fijen los estándares internacionales, entonces habrá una violación al artículo 1105 a pesar que no se infrinjan las disciplinas comparativas. La pregunta relevante es entonces: ¿cuál es ese nivel mínimo de trato que fijan los estándares internacionales?

El artículo 1105 convierte al derecho internacional en el límite inferior de trato para un inversionista protegido; sin embargo, no señala el catálogo de obligaciones que el derecho internacional impone a las Partes. Por el contrario, el lenguaje de este precepto es sumamente general: las Partes deben otorgar a los inversionistas de otra Parte y a sus

¹⁷⁰ "Artículo 1105. Nivel mínimo de trato

"Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

"Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.

"El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b)." Nota *supra* 26.

inversiones "trato acorde con el derecho internacional". En seguida, el propio artículo parece ejemplificar dos de las obligaciones que el derecho internacional establece, a saber: el deber de otorgar un "trato justo y equitativo" y el de brindar "protección y seguridad plenas."

El artículo 1105 es por lo tanto, una disposición de contenido difuso. Para desentrañar el contenido y alcance preciso de este precepto, es necesario llevar a cabo la nada sencilla tarea de determinar el contenido y alcance del derecho internacional.

En este sentido, el artículo 1105 tiene efectos "rejuvenecedores" constantes sobre el Capítulo 11; esto es, en la medida en que evolucione el derecho internacional, lo hará también el Capítulo 11. O dicho en las palabras del tribunal en el caso *Mondev*: el Artículo 1105 incorpora un "evolutionary standard."¹⁷¹

Desde nuestro punto de vista, una lectura lisa y llana del artículo 1105 nos conduce a suponer que la expresión "derecho internacional", sin calificación alguna, incluye todas y cada una de las fuentes del derecho internacional señaladas por el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁷² El efecto necesario de esta lectura, es el de convertir todas las reglas de derecho internacional obligatorias para las Partes por virtud de un tratado o de la costumbre internacional, en derechos sustantivos para los inversionistas protegidos por el Capítulo 11. De igual forma, tomando en cuenta que las disposiciones del TLCAN forman parte del derecho internacional, toda violación al mismo implicaría una violación al artículo 1105.

¹⁷¹ *Mondev International Ltd. v. EE.UU.*, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/99/2, ¶ 105 (Oct. 11, 2002) (Lauda Final sobre el Fondo) (per curiam).

¹⁷² "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59" *disponible en* <http://www.un.org>

Sin embargo, como detallaremos más adelante, esta lectura –tan natural en apariencia– ha sido controvertida y refutada nada más ni nada menos que por los inversionistas; Canadá, México y EE.UU.; la Comisión de Libre Comercio; la Suprema Corte de la Columbia Británica en la apelación del caso *Metalclad* y, recientemente, por los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11.

En el caso *Pope & Talbot*, por ejemplo, el inversionista sostuvo que la expresión “derecho internacional” contenida en el artículo 1105 del TLCAN, comprende:

*(1) todas las fuentes del derecho internacional contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, (2) el concepto de buena fe (incluyendo el pacta sunt servanda), (3) los Lineamientos sobre Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial, (4) otras obligaciones contractuales de las Partes, y (5) la totalidad de la legislación interna de las Partes del TLCAN que se refiera al ejercicio interno de la autoridad regulatoria.*¹⁷³

Esta interpretación por ejemplo, expande asombrosamente los límites del término “derecho internacional”, ya que además de las fuentes señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incluye documentos sin vinculación legal propia, como los Lineamientos sobre Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial, y a los sistemas legales domésticos de las propias Partes.¹⁷⁴

Yendo hacia el extremo opuesto, los EE.UU. en el caso *Pope & Talbot* y la Suprema Corte de la Columbia Británica en la apelación del caso *Metalclad*, concluyeron que la expresión “derecho internacional” así como la de “trato justo y equitativo” debían interpretarse exclusivamente bajo la perspectiva del derecho internacional consuetudinario, esto es, sólo a través de una de las fuentes del derecho internacional reconocidas en el

¹⁷³ Nota *supra* 45 (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2), ¶ 107.

¹⁷⁴ Sin duda los documentos internacionales no vinculantes por sí mismos o las disposiciones internas de un Estado pueden ser relevantes para establecer la existencia de una obligación internacional, pero siempre a través de alguna de las fuentes reconocidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ya sea para probar la existencia de un principio general de derecho o una práctica reconocida como obligatoria). Sin embargo, lo relevante de la propuesta de *Pope & Talbot, Inc.* en este aspecto, es que sugiere que tales documentos, así como las normas internas de las Partes, deben adicionarse a las fuentes del derecho internacional generalmente reconocidas. Sobre decir que las implicaciones legales que acarrearía la aceptación de esta postura serían impensables.

artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁷⁵ Textualmente la Suprema Corte de la Columbia Británica señaló:

*Al usar las palabras "derecho internacional", el artículo 1105 se refiere al derecho internacional consuetudinario que es aquél que se desarrolla a través de las prácticas comunes de los Estados. Éste debe distinguirse del derecho internacional contractual que es aquél que se encuentra comprendido en los tratados celebrados por los Estados (incluyendo las disposiciones contenidas en el TLCAN distintas al artículo 1105 u otras contenidas en el Capítulo 11.*¹⁷⁶

Inicialmente, los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11 asumieron una postura liberal respecto al contenido de la expresión "derecho internacional"; mucho más parecida a la propuesta por Pope & Talbot que a la ofrecida por los EE.UU. y por el poder judicial canadiense. Sin embargo, recientemente esta tendencia ha virado en dirección opuesta y las decisiones de dichos tribunales han sido más conservadoras a ese respecto.

Un ejemplo claro de la tendencia inicial lo brinda el caso *Feldman*, donde un ciudadano norteamericano reclama que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como el Congreso Federal, a través de la Ley del Impuesto Especial sobre Productos y Servicios, le otorgaron un trato discriminatorio, injusto e inequitativo, que resultó en la expropiación indirecta de su negocio de exportación de cigarrillos.¹⁷⁷ En esa ocasión, el tribunal observó lo siguiente:

El tribunal ha tenido conocimiento de los alegatos de las partes y observa que su jurisdicción bajo el artículo 1117(1)(a), sobre la que se fundamenta este arbitraje, está limitada a reclamaciones que deriven de una supuesta violación a las obligaciones contenidas en la sección A del Capítulo Once del TLCAN. Por lo tanto, el tribunal no tiene, en principio, jurisdicción para decidir sobre reclamaciones derivadas de una supuesta violación al derecho general internacional o al derecho mexicano. Los anteriores sistemas legales

¹⁷⁵ Véanse Pope & Talbot, Inc. v. Canadá, p 7 (Nov. 1º, 2000) (Cuarta Comunicación del los EE.UU. con base en el artículo 1128); Estados Unidos Mexicanos v. Metalclad Corporation, ¶¶ 62-65 (BCSC 664, 2001) ("Apelación del Caso Metalclad") disponible en <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-tn/SC/01/062001BCSC0664.htm>.

¹⁷⁶ *Id.* (Apelación del Caso Metalclad), ¶ 62.

¹⁷⁷ Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) No. ARB(AF)/99/1, Introducción, Argumento, § I, A, ¶¶ 1-4 (Dic. 16, 2002) (Demanda sobre Cuestiones Preliminares).

mencionados (el derecho internacional en general y el derecho mexicano) pueden volverse relevantes en la medida en que una disposición pertinente se encuentre en la sección A del Capítulo Once y expresamente se refiera a ellos; o al cumplir con el requisito del artículo 1131(1) por el que un 'tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.' A parte de eso, el tribunal no está autorizado a investigar supuestas violaciones ya sean del derecho internacional en general o del derecho nacional (énfasis añadido).¹⁷⁸

La forma en la que el tribunal redactó este pasaje es muy interesante; a primera vista parece estar acotando su jurisdicción a la aplicación exclusiva de los artículos contenidos en la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. Sin embargo, una lectura cuidadosa de esta cita, revela que en realidad el tribunal está expandiendo su jurisdicción a la aplicación de todas las normas del derecho internacional general. El tribunal eufemísticamente advierte que tales normas, así como las disposiciones domésticas de las Partes, serán relevantes en la medida en que un precepto contenido en la Sección A del Capítulo 11 haga mención expresa a ellas. Ahora bien, la Sección A del Capítulo 11 se integra solamente por 14 artículos que no han sido modificados desde la adopción del TLCAN; por lo que si la advertencia del tribunal no es eufemística es entonces ociosa o al menos perezosa. Una lectura somera del Capítulo 11 puede revelar rápidamente que el único artículo que hace alusión al derecho internacional es el artículo 1105 y que ninguno de esos artículos remite expresamente al derecho doméstico de las Partes. Debemos entonces suponer que el tribunal empleo un eufemismo para decir que, toda vez que el artículo 1105 hace referencia expresa al derecho internacional, cada vez que se alegue una violación al mismo, los paneles estarán facultados para aplicar el derecho internacional general.

Por lo que respecta a la pregunta ¿toda violación a otro artículo del TLCAN, como parte del derecho internacional, implica una violación al artículo 1105? el tribunal en el caso *S.D. Myers* señaló en su decisión sobre el fondo:

En algunos casos, la violación a una regla de derecho internacional por la Parte receptora puede no ser decisiva para determinar que al inversionista

¹⁷⁸ *Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID (W. Bank) No. ARB(AF)/99/1, ¶ 61 (Dic. 6, 2000) (Decisión Interlocutoria sobre Cuestiones Preliminares de Jurisdicción) (per curiam).

extranjero le ha sido negado un 'trato justo y equitativo', pero el hecho de que la Parte receptora haya violado una regla de derecho internacional que está específicamente diseñada para proteger a los inversionistas, tenderá a influir significativamente a favor de encontrar una violación al artículo 1105 (énfasis en el original)

[...]

[...] el Tribunal no descarta la posibilidad de que pudiera haber circunstancias en las cuales una violación a las disposiciones de trato nacional del TLCAN no necesariamente contravendrían las disposiciones de nivel mínimo de trato; por mayoría, este tribunal determina con base en los hechos de este caso en particular, que la violación al artículo 1102 esencialmente establece una violación al artículo 1105 también.¹⁷⁹

Aunque acepta que “en algunos casos” –sin señalar ejemplos– una violación al derecho internacional “puede no ser decisiva” para concluir que hubo también una violación al artículo 1105, el tribunal en este caso parece reconocer que, por regla general, toda violación al derecho internacional es también una violación a dicho precepto. Más aún, el tribunal parece considerar que si las normas de derecho internacional violadas son en materia de inversión, las posibilidades de aplicar una excepción a la regla general referida se reducen dramáticamente. Toda vez que, además de lo expresado en el último de los párrafos transcritos, el tribunal no agregó ningún otro razonamiento para encontrar a Canadá culpable de violar el artículo 1105, debemos derivar que, en realidad, el tribunal consideró que la violación al artículo 1102 implicaba automáticamente una violación al artículo 1105.

Finalmente, el tribunal en este caso señaló que: “el artículo 1105 incorpora al TLCAN los requisitos del derecho internacional de debido proceso, derechos económicos, obligaciones de buena fe y justicia natural.”¹⁸⁰

Estas decisiones parecen apoyar la postura que sostiene que el artículo 1105 vuelve a las normas del derecho internacional general (incluyendo las contractuales como las

¹⁷⁹ Nota *supra* 119, ¶¶ 264 & 266.

¹⁸⁰ *Id.* ¶ 134.

disposiciones del propio TLCAN) derechos sustantivos para los inversionistas y que las violaciones a tales normas implican, por lo tanto –al menos en la mayoría de los casos–, una violación al artículo 1105.

La decisión del panel constituido para resolver el caso *Metalclad* refuerza aún más esta postura. Como narramos con anterioridad,¹⁸¹ en esa ocasión México fue sujeto de responsabilidad internacional por “omitir[er] asegurar un marco transparente y predecible de planeación e inversión para las operaciones de Metalclad.”¹⁸² El tribunal consideró que la violación a esta regla de transparencia que, valga señalar, no figura expresamente en el Capítulo 11 del TLCAN, constituía una violación al artículo 1105. El panel hizo aplicable este deber basándose en la referencia expresa que el artículo 102(1) del TLCAN hace sobre el concepto de “transparencia”, como uno de los principios y reglas que el TLCAN incorpora.¹⁸³

Muchos podrían señalar que el tribunal en realidad no hizo aplicable a una controversia conforme al Capítulo 11, una disposición ajena a dicho Capítulo, sino que toda vez que artículo 102(1) establece los objetivos del TLCAN, el tribunal no hizo más que aplicar la regla de interpretación de los tratados que reza que debe tenerse en cuenta el objeto y fin del acuerdo internacional de que se trate.¹⁸⁴

Sin embargo, lo relevante aquí es que el tribunal se haya remitido al artículo 102(1), precisamente cuando entró al estudio de los alegatos sobre la aplicación del artículo 1105. Aún más relevante resulta observar todas las “sub-obligaciones”, por llamarlas de alguna manera, que el tribunal derivó relacionando la obligación de transparencia con la de dar al inversionista un trato justo y equitativo de acuerdo al derecho internacional.

¹⁸¹ Véase p. 31.

¹⁸² Nota *supra* 73, ¶ 99.

¹⁸³ El artículo 102(1) textualmente dispone: “[l]os objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes [...]” nota *supra* 26.

¹⁸⁴ El artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (también conocida como la Convención de Viena 69) señala que: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

Según el tribunal, la obligación de transparencia implicaba, en primer lugar, el deber de aclarar cualquier confusión o malentendido del inversionista respecto al contenido de las normas domésticas aplicables. El tribunal sostuvo que esta obligación se genera en el instante mismo en el que la Parte en cuestión adquiere conocimiento de la confusión o interpretación errónea en la que está incurriendo el inversionista.¹⁸⁵

En segundo lugar, la obligación de transparencia implica –según el tribunal– también el deber de contar con reglas claras y procedimientos preestablecidos para que el inversionista cumpla los requisitos necesarios para llevar a cabo con éxito sus negocios.¹⁸⁶

Finalmente, de acuerdo al tribunal, la obligación de transparencia entraña el deber de permitir la participación del inversionista en la toma de decisiones gubernamentales.¹⁸⁷

Cómo llegó a concluir el tribunal que la obligación de transparencia implicaba todas estas sub-obligaciones, nos es desconocido. El tribunal jamás sostuvo que estas sub-obligaciones existieran como normas internacionales consuetudinarias o como principios generales de derecho. El tribunal no citó tampoco ninguna autoridad o precedente para apoyar su razonamiento. Estas obligaciones, cuyas consecuencias legales son verdaderamente trascendentes, simplemente aparecieron en el catálogo de deberes de las

¹⁸⁵ El tribunal observó: “[u]na vez que las autoridades del gobierno central de cualquier Parte (cuya responsabilidad internacional en tales asuntos ha sido identificada en la sección que antecede) se percató de un mal entendido o confusión en cualquier grado a este respecto, *está dentro de sus deberes asegurar que la postura correcta sea prontamente identificada y claramente señalada* de forma tal que los inversionistas puedan proceder con la prontitud debida y plena confianza de que están actuando de conformidad con las leyes aplicables” (énfasis añadido). Nota *supra* 73, ¶ 76.

¹⁸⁶ Nota *supra* 83.

¹⁸⁷ El tribunal señaló: “Más aún, el premiso fue negado en una sesión del Ayuntamiento sobre la que Metalclad Corp. no recibió notificación, a la cual no recibió invitación y en la que no le fue dada la oportunidad de comparecer.” Más adelante el tribunal concluye que: “Las acciones del municipio que siguieron a la negativa del permiso de construcción, en conjunto con las deficiencias procedimentales y de fondo de la negativa, dan base a la decisión del Tribunal, por las razones arriba expuestas, que la insistencia del Municipio en la negativa del permiso de construcción en este caso fue inapropiada.” *Id.* ¶¶ 91 & 97. Las deficiencias de fondo que destaca el tribunal, se refieren a la evaluación que llevó a cabo el municipio de aspectos ambientales para negar la licencia de construcción cuando, de acuerdo al tribunal, dicha evaluación correspondía a la Federación. Las deficiencias procesales no pueden entonces, mas que referirse al hecho de que Metalclad Corp. no recibió notificación de la sesión del Ayuntamiento en donde esta decisión fue tomada ni se le invitó a participar en la misma.

Partes a través del artículo 1105 y de la mención del artículo 102(1) al principio de transparencia.¹⁸⁸

Como lo señaló el tribunal en el caso *ADF*, en donde el inversionista atacaba ciertas restricciones que limitaban la asistencia económica del gobierno federal a aquellos proyectos gubernamentales que emplearan acero producido y mejorado en el territorio de los EE.UU., los objetivos del TLCAN “están necesariamente elaborados con términos de alto nivel de generalidad y abstracción.”¹⁸⁹ Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, es indebido derivar obligaciones concretas para las Partes, sin que exista evidencia de que tales obligaciones existen de forma independiente.

No es nuestra intención sostener que la decisión del tribunal fue injusta, simplemente deseamos destacar que: (i) el tribunal, a través del artículo 1105, incorporó al catálogo de obligaciones de las Partes –y consecuentemente al de derechos de los inversionistas– deberes no expresamente contenidos en el Capítulo 11 del TLCAN ni en ninguna otra parte del tratado; y (ii) la facilidad con la que una obligación no expresamente contenida en el Capítulo 11, pudo hacerse exigible a través del procedimiento arbitral contenido en dicho capítulo.

Ahora bien, además de la discusión sobre “qué derecho comprende” la expresión “derecho internacional” en el artículo 1105, la decisión del tribunal en el caso *Metalclad* plantea otra discusión: ¿la expresión “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” deben evaluarse a través de estándares de cumplimiento aceptados por el derecho internacional? En otras palabras ¿cualquier trato “injusto” debe ser considerado una violación al artículo 1105, sin importar “qué tan injusto sea”?

Por ejemplo, en el caso *Metalclad*, el hecho de que el tribunal no requiriera probar que las sub-obligaciones de la obligación de transparencia existen como normas

¹⁸⁸ Es importante aclarar que, desde nuestro punto de vista, no existe nada irracional en afirmar que los Estados deben contar con esquemas regulatorios claros.

¹⁸⁹ *ADF Group, Inc. v. EE.UU.*, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/00/1, ¶ 147 (Ene. 9, 2003) (Laudo Final sobre el Fondo) (per curiam).

consuetudinarias, implica que dichas sub-obligaciones ni siquiera requieren ser tales, es decir, no es necesario por ejemplo, que el deber de permitir la participación del inversionista en las decisiones de Estado sea realmente un deber; esto es, basta con que el comportamiento contrario sea considerado una "injusticia" para que exista una violación al artículo 1105. Lo que en todo caso es un deber es la necesidad de "no ser injusto" y la violación de este deber puede entonces cobrar innumerables formas. La pregunta es ¿bajo qué idea de justicia debe evaluarse el comportamiento del Estado? ¿desde la perspectiva de quién debe ser justa la conducta de los gobiernos? ¿el derecho internacional ha identificado un umbral de injusticia que nos permita saber cuándo una medida debe ser considerada injusta y por lo tanto constituir una violación a las normas internacionales?

El derecho internacional parecía haber desarrollado una respuesta a esta pregunta. El caso más conocido en este sentido es el *Neer*, en donde se acusaba a México de haber violado las normas internacionales sobre nivel mínimo de trato a los extranjeros, por haber fallado en la captura de la persona que robó y asesinó al Sr. Neer, un ciudadano de los EE.UU. En esa ocasión la comisión de quejas, establecida por ambos países para resolver el caso, señaló:

*[...] la legalidad de los actos gubernamentales debe ser evaluada contra los estándares internacionales [...] para que el trato hacia un extranjero, constituya un acto de delincuencia internacional debe implicar ultraje, mala fe, negligencia intencionada en el cumplimiento de un deber o una insuficiencia de la acción gubernamental que se aleje a tal grado de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial rápidamente reconocería como una insuficiencia.*¹⁹⁰

En el caso *S.D. Myers*, el tribunal adoptó expresamente este estándar al interpretar el artículo 1105 y concluyó que una violación a este precepto:

[...] ocurre solamente cuando se ha demostrado que un inversionista ha sido tratado de forma tan injusta o arbitraria que dicho tratamiento se hace inaceptable desde la perspectiva del derecho internacional. Tal determinación debe hacerse a la luz de la amplia deferencia que el derecho

¹⁹⁰ Citado en IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 528 (Oxford University Press, 5^a ed. 1926).

*internacional otorga al derecho de las autoridades nacionales para regular las actividades dentro de sus fronteras.*¹⁹¹

La aplicación de este estándar de “injusticia” parece bastante racional. Es lógico pensar que un Estado puede llevar a cabo actos que parezcan injustos desde la perspectiva del afectado o de un tercero y sin embargo, esto no necesariamente debe implicar la responsabilidad internacional de ese Estado. Por ejemplo, si una persona tras años de esfuerzo y sacrificio logra ahorrar lo suficiente para comprar una propiedad junto a la playa de sus sueños, el único lugar en donde dicha persona cree que verdaderamente podrá ser feliz el resto de su vida y, más tarde, el Estado expropia dicha finca para un fin público y compensa al titular de acuerdo a las reglas del derecho internacional, la medida puede parecer terriblemente injusta para el afectado porque le están privando del objeto que le dio sentido a tantos años de lucha, pero no por ese simple hecho la medida debe entrañar responsabilidad internacional.

Pensemos ahora en la empresa que, después de invertir cantidades sustanciales de tiempo y dinero para desarrollar un mercado internacional para el pesticida conocido como “DDT”, vio colapsarse sus aspiraciones cuando dicha sustancia fue prohibida en la mayoría de las legislaciones nacionales. Desde cierto punto de vista, la prohibición puede parecer injusta pero, al igual que en el caso del hombre que perdió la propiedad de sus sueños, esto no debe ser considerado una violación al derecho internacional.¹⁹²

En este sentido, la Suprema Corte de la Columbia Británica señaló:

*[...] esas frases –refiriéndose a las expresiones “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”– no son independientes. Por ejemplo, cierto trato puede describirse como injusto o inequitativo y sin embargo no constituirá una violación al artículo 1105 a menos que dicho trato sea contrario al derecho internacional.*¹⁹³

¹⁹¹ Nota *supra* 119, ¶ 263.

¹⁹² Ahora bien, no debe confundirse el objetivo del artículo 1105 con el de las disciplinas comparativas. Si un extranjero recibe un trato menos favorable por su condición de extranjero, esta circunstancia es sin duda una injusticia. Sin embargo este tipo de injusticias no son las que pretende condenar el artículo 1105, sino aquellas que aún siendo igualmente aplicadas a extranjeros y nacionales, caen por debajo de los estándares que fija el derecho internacional.

¹⁹³ Nota *supra* 175 (Apelación del Caso Metalclad), ¶ 62.

El tribunal en el caso *Pope & Talbot* dio sin embargo, un giro radical sobre este tema e interpretó el artículo 1105 de forma completamente inesperada. En primer lugar, en un acto de verdadera prestidigitación judicial, concluyó que la palabra "incluido", usada en el artículo 1105, en realidad significa "más", lo que implica, además de darle a una palabra justo el sentido opuesto al que naturalmente posee, que de acuerdo al artículo 1105 del TLCAN, los inversionistas deben recibir un trato acorde al derecho internacional e independientemente de ello, deben ser tratados justa y equitativamente.¹⁹⁴ Esto llevó al tribunal a concluir también, que la justicia y equidad de la conducta de las Partes no debe evaluarse de acuerdo a los estándares que fije el derecho internacional. El tribunal textualmente dijo:

Los inversionistas tienen derecho a esos elementos –refiriéndose al trato justo y equitativo y a la protección y seguridad plenas, a los que colectivamente llamó 'elementos de justicia'–, sin importar a qué otras cosas tengan derecho conforme a las normas internacionales. La conclusión lógica de este lenguaje es que el cumplimiento de los elementos de justicia debe ser evaluado con independencia de cualquier umbral que pueda ser aplicado a la evaluación de una medida bajo los estándares mínimos del derecho internacional (énfasis añadido).¹⁹⁵

Con ello el tribunal desecha el estándar que, a partir del caso *Neer*, el derecho internacional había desarrollado para determinar cuándo un trato no discriminatorio desfavorable para un extranjero generaba responsabilidad internacional. Nótese que el tribunal no propone un nuevo estándar para sustituir al del "hombre racional" –por llamarlo de alguna forma– establecido en el caso *Neer*; sino que simplemente resuelve, por absurdo que parezca, que la "justicia" y "equidad" de la conducta de las Partes no debe evaluarse contra ningún estándar reconocido por el derecho internacional.

Consecuentemente, según el tribunal en el caso *Pope & Talbot*, toda conducta injusta de una Parte es un ilícito internacional. El problema persiste sin embargo: si no podemos emplear los criterios desarrollados por el derecho internacional, entonces ¿bajo

¹⁹⁴ Nota *supra* 45 (Laudó sobre el Fondo de la Fase 2), ¶¶ 110 & 111.

¹⁹⁵ *Id.* ¶ 111.

que parámetros se debe evaluar la “justicia” de los actos de un Estado para fincarle responsabilidad internacional? El tribunal jamás respondió esta pregunta en su laudo sobre el fondo; no obstante, en su decisión sobre daños apuntó lo siguiente haciendo alusión a su propia decisión sobre el fondo:

[E]l Tribunal expresamente se refirió a los elementos de justicia como adiciones a los requisitos del estándar mínimo de derecho internacional e interpretó el artículo 1105 como exigiendo que las inversiones e inversionistas protegidos reciban los beneficios de los elementos de justicia conforme a los estándares ordinarios aplicados en los países del TLCAN sin ninguna limitante de umbral (énfasis añadido).¹⁹⁶

En primer lugar, el tribunal parece abandonar su postura inicial —o al menos matizarla— sobre la necesidad de no emplear ningún estándar para evaluar lo que él llamó los “elementos de justicia” y propone que, en vez de emplear los estándares mínimos del derecho internacional, empleemos los “ordinarios” aplicados por las Partes del TLCAN.

Desde nuestro punto de vista, son sumamente confusas las consecuencias legales que el tribunal quiso atribuir a esta parte de su decisión. En principio, el tribunal parece querer que, en vez de atender a la práctica de la comunidad internacional para evaluar la “justicia” de la conducta de las Partes, nos concentremos exclusivamente en la práctica de los tres gobiernos firmantes del TLCAN. El porqué considera el tribunal que esto es una mejor opción, nos es desconocido. Sin embargo, tal vez lo más importante es que el tribunal parece querer erradicar la idea de un estándar mínimo y sustituirla por la de un estándar ordinario. Al parecer la consecuencia de la decisión del tribunal es que debemos desarrollar una especie de estándar regional basado en el trato promedio de las Partes hacia los inversionistas y sus inversiones. ¿Cuál es ese estándar? Nadie los sabe.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Nota *supra* 55, ¶ 55.

¹⁹⁷ Al parecer, con el nuevo estándar propuesto por el tribunal en el caso *Pope & Talbot*, para evaluar el cumplimiento del artículo 1105, es necesario llevar a cabo el mismo análisis que se requiere para determinar el cumplimiento de los artículos 1102 y 1103; esto es, hay que determinar cuál es el trato que reciben el resto de los inversionistas e inversiones en circunstancias similares en la jurisdicción de que se trate. La única diferencia radicará entonces, en que en vez de evaluar el trato que recibe el inversionista en cuestión, contra el mejor de los tratos disponibles; habrá que evaluarlo contra el trato promedio u ordinario en la jurisdicción correspondiente. Con ello el artículo 1105 deja de ser un estándar objetivo, independiente del trato que recibieran el resto de los inversionistas nacionales o de terceras partes, para convertirse en una disciplina comparativa como el artículo 1102 y 1103, sólo que sin sus salvaguardas, porque también es posible que en

La consecuencia necesaria de esta interpretación es la de generar un estado de incertidumbre respecto a cuándo una conducta debe ser considerada injusta y por lo tanto ilegal, de acuerdo al artículo 1105.

Con ello, el tribunal se aleja de años de jurisprudencia internacional, pero no para aclarar el contenido de las obligaciones derivadas del artículo 1105, sino para contribuir sustancialmente a la indefinición de éstas.

Ahora bien, estas posturas “relajadas” de los tribunales con respecto al contenido del artículo 1105, han sido desechadas por decisiones posteriores, en donde los tribunales han sido más rigurosos respecto al significado y alcances que deben atribuirse al lenguaje de dicho precepto. El hecho que parece haber marcado este cambio es la emisión de una “nota interpretativa” por la Comisión de Libre Comercio, sobre la cual nos ocuparemos ahora.

En efecto, ante la incertidumbre generada por las primeras decisiones de los tribunales del Capítulo 11 y en un aparente intento de aclarar las cosas, la Comisión de Libre Comercio –cuyas interpretaciones son obligatorias para los paneles arbitrales de conformidad con el artículo 1131(2) del TLCAN– emitió una “nota interpretativa” sobre el contenido del artículo 1105. En ella estableció:

- 1. El artículo 1105 establece el estándar mínimo de trato, hacia los extranjeros reconocido por la costumbre internacional, como el estándar de trato que debe otorgarse a los inversionistas de otra Parte.*
- 2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no exigen un tratamiento adicional o más amplio que el que requiere el estándar mínimo de trato hacia los extranjeros reconocido por la costumbre internacional.*
- 3. La determinación de que ha habido una violación a otro artículo del TLCAN o a un acuerdo internacional distinto a éste, no prueba que ha habido una violación al artículo 1105(1).¹⁹⁸*

este caso ni siquiera exista la necesidad de que la comparación se realice con inversionistas en circunstancias similares.

¹⁹⁸ Nota *supra* 57, ¶¶ B (1–3).

Es evidente que esta nota contradice directamente las conclusiones a las que han arribado los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11. De hecho, la interpretación hecha por la Comisión se ubica en el extremo opuesto, junto con las realizadas por los EE.UU. y la Suprema Corte de la Columbia Británica.

En mi opinión, esta interpretación del artículo 1105 es tan o más forzada que la adoptada por la empresa Pope & Talbot. Como bien lo han señalado destacados expertos en derecho internacional, esta nota interpretativa transgrede el sentido natural que debe darse al lenguaje del artículo 1105 e impone a una expresión genérica como "derecho internacional" el sentido específico de "derecho internacional consuetudinario".¹⁹⁹

Al respecto el destacado publicista Sir Robert Jennings elaboró una acre crítica y concluyó que, al menos la primera proposición de la nota, "lejos de interpretar el artículo 1105(1), simplemente trata de sustituir los términos expresos del artículo 1105 por un estándar diferente."²⁰⁰ De la misma forma, el Profesor Jennings advirtió al tribunal que conoce del caso *Methanex*, que si concluía que la verdadera intención de las Partes al llevar a cabo la nota interpretativa, era modificar el texto del tratado "entonces el Tribunal debería tratar la interpretación como un intento de modificación sin efecto obligatorio."²⁰¹

Todo esto revela que la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio no tuvo el efecto de disipar la incertidumbre sobre el contenido del artículo 1105 y que, en un futuro, muy probablemente los inversionistas –y quizá algunos tribunales–, actúen como si la nota nunca hubiera existido.

¹⁹⁹ Todd Weiler ejemplificó excelentemente esta situación diciendo: "[l]a diferencia entre una interpretación y una modificación no es tan difícil de señalar. Si yo digo que 'la fruta es deliciosa' cualquiera puede interpretar mis palabras como indicando que tanto las manzanas como las naranjas son deliciosas. Si yo digo que 'una manzana es deliciosa' sería muy difícil interpretar mis palabras como indicando que las naranjas son deliciosas. Pude ser que yo piense que lo son, pero eso no fue lo que dije. Más bien, tendría que modificar mi lenguaje para decir que la fruta es deliciosa o ser más específico y decir que tanto las manzanas como las naranjas son deliciosas. Igualmente, si yo digo que 'la fruta es deliciosa' sería muy difícil interpretar mi afirmación como refiriéndome en realidad al sabor de las manzanas." TRADE MINISTERS SAY DE DARNEST THINGS (s/ páginas) (2001) disponible en <http://www.naftalaw.org>.

²⁰⁰ THE MEANING OF ARTICLE 1105(1) OF THE NAFTA AGREEMENT, FOURTH OPINION OF PROFESSOR SIR ROBERT JENNINGS, Q.C. § 1 (2001) disponible en <http://www.naftalaw.org>.

²⁰¹ *Id.*

En este sentido existe ya alguna evidencia. Sólo seis meses después de que la Comisión de Libre Comercio emitió la nota interpretativa, la empresa canadiense Kenex Ltd. demandó al gobierno de los EE.UU. a través del Capítulo 11, sosteniendo que diversas políticas adoptadas por la Agencia Antinarcoóticos (la *Drug Enforcement Agency*, D.E.A.) de los EE.UU., contra la importación y comercialización de productos alimenticios derivados del cáñamo (una variedad de la planta *cannabis sativa*, de la cual también deriva la marihuana), violan los artículos 1102, 1103, 1104 y 1105 del TLCAN.²⁰²

A pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Columbia Británica expresamente señaló que el tribunal constituido para resolver el caso *Metalclad* "malinterpretó el derecho aplicable al incluir la obligación de transparencia"²⁰³, Kenex incluye dentro de sus argumentos, la afirmación de que la D.E.A. violó en su perjuicio, los principios de transparencia, buena fe y proporcionalidad, cuya observancia –en opinión del propio inversionista– es obligatoria en virtud de los artículos 1105 y 1103.²⁰⁴

Apelando también a una de las sub-obligaciones del deber de transparencia identificadas por el tribunal en el caso *Metalclad*, el inversionista argumenta que la medida no fue debidamente notificada y consultada.²⁰⁵

Esto no es todo, ignorando por completo la nota interpretativa, Kenex sostiene que:

Los EE.UU. han aceptado obligarse por disposiciones contenidas en tratados internacionales que reflejan el principio internacional de proporcionalidad, como el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial de Comercio. Esas obligaciones OMC exigen a los EE.UU. basar sus medidas en principios científicos y a garantizar que éstas no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo regulatorio legítimo. Cuando una de las Partes del TLCAN incumple sus obligaciones internacionales de forma tal que viola el estándar de "trato

²⁰² Kenex Ltd. v los EE.UU. (Ene.14, 2002) (Notificación de la Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).

²⁰³ Nota *supra* 175, ¶ 70.

²⁰⁴ Nota *supra* 203, ¶ 23(b).

²⁰⁵ *Id.* ¶ 23(c).

*justo y equitativo”, y tal incumplimiento tiene un impacto directo sobre una inversión en su territorio protegida por el TLCAN, dicha Parte viola la obligación contenida en el artículo 1105 del TLCAN, de tratar las inversiones de otra Parte de acuerdo al derecho internacional.*²⁰⁶

Kenex nunca afirma que el principio de “menor restrictividad comercial” exista como una norma de costumbre, sino que deriva su obligatoriedad de una disposición contractual no solo ajena al Capítulo 11, sino del TLCAN mismo. Debe destacarse que el inversionista no sostiene que la violación a un acuerdo comercial diferente al TLCAN implique automáticamente una violación al artículo 1105, sino que sugiere que debe mediar una conducta injusta o inequitativa.

Por su parte, el inversionista en el caso *Robert Frank*, argumenta a su favor a través del artículo 1105, las supuestas obligaciones de transparencia, notificación y consulta previa.²⁰⁷

De igual forma, el inversionista en el caso *Canfor*, sostiene (a un año de la nota interpretativa) que el artículo 1105 hace aplicable a las controversias derivadas el Capítulo 11 el principio de buena fe, la prohibición de un trato arbitrario y discriminatorio y “cualquier estándar relevante contenido en los tratados a los cuales el gobierno de los Estados Unidos haya acordado en obligarse.”²⁰⁸

Más aún, en el caso *GAMI*, la omisión en la aplicación de la legislación mexicana, constituye una trasgresión del artículo 1105.²⁰⁹

Esto evidencia que en el futuro los inversionistas que sometan reclamaciones a través del Capítulo 11, probablemente ignorarán tanto el fallo de la Suprema Corte de la Columbia Británica, como la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio.

²⁰⁶ *Id.* ¶ 23(d).

²⁰⁷ *Robert J. Frank v. los Estados Unidos Mexicanos* ¶ 16(b)(c) (Feb. 12, 2002) (Notificación de Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).

²⁰⁸ *Canfor Corporation v. EE.UU.* ¶ 104 (Jul. 9, 2002) (Notificación de Sometimiento de la Reclamación a Arbitraje).

²⁰⁹ *GAMI Investments Inc. v. los Estados Unidos Mexicanos* ¶ 8 (Abr. 9, 2002) (Notificación de Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).

Existe ya también evidencia de que los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11 del TLCAN, asumirán una postura similar. En el caso *Pope & Talbot* por ejemplo, el tribunal señaló en su laudo sobre daños emitido sólo nueve meses después de la publicación de la nota interpretativa, que: “[S]i el Tribunal requiriera determinar si el acto de la Comisión es una interpretación o una modificación, escogería ésta última.”²¹⁰

Sin embargo, lo cierto es que decisiones recientes revelan que los tribunales están dispuestos a admitir la obligatoriedad de la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio y que con menor “ligereza” aceptarán que, a través del artículo 1105, se hagan aplicables obligaciones concretas no reconocidas como costumbre internacional o de obligaciones contractuales no contenidas en el Capítulo 11.

Así por ejemplo, el tribunal en el caso *ADF* señaló que la nota interpretativa “expresamente intenta ser una interpretación de diversas disposiciones del TLCAN, incluyendo el artículo 1105(1), y no una ‘modificación’ ni nada más.”²¹¹ El tribunal rechazó además, el argumento ofrecido por el inversionista en el sentido de que los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11 poseían facultades para decidir sobre la obligatoriedad de la nota interpretativa y sostuvo que dicha postura rápidamente tendería a degradar el carácter obligatorio de las interpretaciones de la Comisión de Libre Comercio.²¹²

Por otro lado, en el caso *Mondev*, en donde se acusaba al gobierno de la ciudad de Boston, Massachussets, y a los tribunales de dicha entidad de haber violado los artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN, con relación al supuesto incumplimiento de un contrato inmobiliario entre el inversionista y el gobierno de Boston, el tribunal señaló que:

el artículo 1105(1) no otorga a un tribunal del TLCAN discreción ilimitada para decidir, por él mismo, sobre bases subjetivas, lo que es “justo” o “equitativo” a la luz de las circunstancias de cada caso en particular [...] [el

²¹⁰ Nota *supra* 55, ¶ 47.

²¹¹ Nota *supra* 171, ¶ 177.

²¹² *Id.*

tribunal] *no puede simplemente adoptar su estándar idiosincrásico de lo que es "justo" o "equitativo", sin hacer referencia a una fuente establecida de derecho.*²¹³

El tribunal en el caso *Mondev* desecha por lo tanto, la postura del tribunal en el caso *Pope & Talbot* según la cual, para determinar el contenido de los "elementos de justicia" – como el propio tribunal los llamó– del artículo 1105, no era necesario remitirse al derecho internacional. Con ello, desde nuestro punto de vista, el tribunal en el caso *Mondev* sienta un precedente de enorme valor para restringir la discrecionalidad de los árbitros y evitar la incertidumbre respecto a los alcances del artículo 1105.

Sin embargo, así como han existido decisiones más mesuradas a partir de la emisión de la nota interpretativa, algunos tribunales han adoptado posturas extremadamente conservadoras que al igual que las excesivamente liberales arriba descritas, distorsionan el sentido natural que debe darse al artículo 1105.

Así por ejemplo, en el caso *ADF* el tribunal observó que:

No estamos convencidos de que el Inversionista haya demostrado la existencia, en la costumbre internacional actual, de un requisito general y autónomo (autónomo en el sentido de derivado de reglas específicas abordando contextos particulares y limitados) de otorgar trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas a los inversionistas extranjeros.

Con ello, el tribunal sugiere que para probar una violación a los "elementos de justicia" del artículo 1105, un inversionista no sólo debe demostrar que una medida es injusta de acuerdo a los estándares que establece la costumbre internacional; sino que debe probar además, que el requisito de otorgar trato justo y equitativo existe como una obligación de costumbre.

Desde nuestro punto de vista, cuando las Partes señalaron que sus inversionistas debían recibir en el territorio de otra Parte "trato acorde a derecho internacional, **incluido** trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas (énfasis añadido)"

²¹³ *Id.* ¶ 119.

pretendían evitar precisamente la discusión sobre si sus inversionistas debían o no ser tratados justa y equitativamente. Precisamente la palabra “incluido” cumple el fin de expresar la convicción de las Partes, de que el requisito de dar un trato justo y equitativo forma parte del derecho internacional (ya sea que se entienda el derecho internacional en términos generales o restringiéndolo al derecho consuetudinario, como lo afirma la Comisión de Libre Comercio). Es el contenido de lo “justo” o “equitativo” lo que debe buscarse en la costumbre internacional como acertadamente lo señaló el tribunal en el caso *Mondev*, y no la existencia del requisito mismo. Parece difícil de creer que los tribunales se nieguen a darle al término “incluido” su significado natural y sostengan que dicha palabra significa “además” –en como el caso *Pope & Talbot*– o “salvo” –como en el caso *ADF*–.

Es claro por lo tanto, que no existe certidumbre respecto al contenido y alcances del artículo 1105 del TLCAN. Como hemos constatado, los criterios interpretativos de los tribunales han variado de un extremo a otro. Si bien es cierto que la nota interpretativa ha originado posturas más conservadoras respecto al contenido del artículo 1105, lo relevante aquí es que el lenguaje de dicho precepto permite posturas diametralmente opuestas. La legalidad misma de la nota ha sido controvertida y aún aceptando que ésta es válida, lo cierto es que dicha nota no resuelve, como hemos visto, todas las interrogantes que plantea el artículo 1105. Este estado de cosas merma por sí mismo la capacidad de las Partes para emprender esfuerzos regulatorios. La incertidumbre respecto al catálogo de sus obligaciones y al estándar de “justicia” y “equidad” que un inversionista o un tribunal pueden emplear para evaluar la conducta de un Estado, entraña enormes riesgos para éste. La incapacidad de las Partes para determinar *a priori* si su conducta es legal o no, a la luz de sus obligaciones bajo el Capítulo 11 del TLCAN, puede frenar dramáticamente sus iniciativas a favor del ambiente o de otras materias cuya presión social no es tan efectiva como para persuadirlos de asumir el riesgo de una posible reclamación conforme al dicho capítulo. Usando el razonamiento del tribunal en el caso *Metalclad*, podríamos afirmar que esta falta de certeza “expropia” la capacidad regulatoria de las Partes

Por otro lado, la aplicación de reglas y principios no expresamente contenidos en el Capítulo 11 del TLCAN, puede generar graves distorsiones en las consecuencias jurídicas

del Capítulo 11. Pensemos por ejemplo en el caso *Kenex*: los EE.UU., al celebrar el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial de Comercio, aceptaron el compromiso de adoptar las medidas comercialmente menos restrictivas en un contexto de relaciones Estado-Estado y no Estado-individuos; las consecuencias jurídicas son totalmente distintas. En general, cada vez que un Estado celebra un acuerdo internacional, lo hace en atención a circunstancias muy específicas: (i) el estado que guardan las relaciones con las otras partes; (ii) la capacidad que posee para cumplir las obligaciones que adquiere frente a esos Estados; (iii) los mecanismos que éstos poseen para hacerle exigible tales obligaciones y, sobre todo, (iv) los beneficios que a su vez recibe de esos otros Estados. La traslación casi automática de cualquier obligación contractual de las Partes al Capítulo 11, tiene consecuencias jurídicas que ninguno de los tres gobiernos puede anticipar con precisión, lo que necesariamente inhibe su conducta regulatoria.

Esta traslación tiene además el efecto de aislar y decontextualizar las reglas o principios que se incorporan al Capítulo 11. Obsérvese por ejemplo, el efecto que tuvo en el caso *S.D. Myers* la incorporación del principio de "menor restrictividad económica". El tribunal desatendió las consideraciones ambientales del caso y aplicó dicho principio en términos absolutos.

Esto no significa que el principio de "menor restrictividad económica" sea pernicioso por sí mismo o que neguemos su racionalidad y beneficios, el problema radica en que cuando se importa únicamente el principio y no las salvaguardas que moldean y racionalizan su aplicación, dicho principio se descontextualiza y se convierte entonces en un riesgo.²¹⁴

²¹⁴ La aplicación del principio de menor restrictividad comercial no representa ningún problema en la medida en que se preserve la efectividad de la acción del Estado. Esto significa que puede aceptarse que un Estado deba adoptar la medida comercialmente menos restrictiva, siempre y cuando este deber esté limitado a las opciones que garanticen el mismo nivel de efectividad de la medida; es decir, que al adoptar la medida menos restrictiva desde el punto de vista comercial, ésta sirva igualmente para obtener el mismo nivel de satisfacción del fin público.

Si se pacta en un tratado este principio, se pueden establecer, en el mismo texto del acuerdo, salvaguardas que garanticen su adecuada aplicación. Lo mismo sucede si este principio adquiere a través de la práctica reiterada de los Estados el carácter de una norma de costumbre –cosa que por cierto ni el tribunal en el caso *S.D. Myers* ni el inversionista en el *Kenex* sostuvieron o probaron– porque entonces la propia práctica va moldeando los límites en la aplicación de dicho principio.

Sin embargo, cuando se afirma que el “principio de menor restrictividad comercial” es obligatorio para las Partes, sin probar que este principio forma parte del derecho consuetudinario internacional, sino haciendo una simple remisión a otro tratado con peculiaridades y contextos distintos al del Capítulo 11 del TLCAN, entonces se transgrede el “principio de certeza jurídica” necesario para el adecuado funcionamiento de cualquier sistema de normas.

En la medida en que la actividad de las Partes del TLCAN esté expuesta a esta indefinición, mayor será la vulnerabilidad de sus medidas sin importar si éstas persiguen un fin legítimo o no. Las empresas acostumbradas a resistir las iniciativas gubernamentales a favor del ambiente o la salud, están dando cuenta de ello. En agosto de 2001, distintos funcionarios del gobierno de Canadá anunciaron que estaban considerando, entre otras medidas para apoyar una campaña nacional contra el cáncer, prohibir las marcas *light* y *mild* en las cajetillas de cigarros que se comercializan en Canadá. De acuerdo a Allan Rock, Ex-ministro de Salud de Canadá:

*las descripciones 'light' y 'mild' sobre las cajetillas de cigarros están confundiendo a los fumadores y los llevan a creer erróneamente, que estos productos son menos dañinos para la salud.*²¹⁵

Siete meses después, en marzo de 2002, la compañía tabacalera Philip Morris International Inc., anunció su intención de demandar al gobierno de Canadá con motivo de la medida propuesta para prohibir las marcas *light* y *mild*. Según la empresa, la medida viola el Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio de la OMC y el artículo 1105 del

²¹⁵ Nota *supra* 159, pp. 2 & 3.

TLCAN, toda vez que la medida propuesta no es la menos restrictiva. Según la empresa, una pequeña leyenda en las cajetillas advirtiendo que las marcas *light* son igualmente peligrosas es suficiente para solucionar el problema.

Esto revela que la tendencia a incorporar a las controversias derivadas del Capítulo 11 del TLCAN, el "principio de menor restrictividad comercial" así como obligaciones contenidas en otros tratados comerciales, continuará en el futuro próximo.

Por todo lo anterior podemos concluir lo siguiente:

1. Las resoluciones adoptadas por los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11, la Comisión de Libre Comercio y la Suprema Corte de Justicia de la Columbia Británica, han probado la existencia de una gran incertidumbre sobre el contenido y alcances del artículo 1105 del TLCAN;
2. El lenguaje del artículo 1105 y del propio Capítulo 11 del TLCAN permiten esta gran incertidumbre;
3. Ante esta circunstancia, el contenido y alcances de las obligaciones que puedan derivarse del artículo 1105 del TLCAN, dependen de los impredecibles y hasta ahora inconsistentes criterios personales de los árbitros;
4. Toda esta incertidumbre tendrá necesariamente el efecto de mermar la solidez legal de las medidas ambientales de las Partes; así como el de inhibir los esfuerzos regulatorios de éstas a favor del ambiente.

Capítulo IV

Requisitos de Desempeño.

¿Contaminación Sin Fronteras?

El artículo 1106 del TLCAN,²¹⁶ que establece el deber de las Partes de no imponer requisitos de desempeño a las inversiones bajo su jurisdicción es, al igual que el artículo

²¹⁶ "Artículo 1106. Requisitos de desempeño

"1. Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:

"a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;

"b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

"c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;

"d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;

"e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;

"f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o

"g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

"2. La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 1(f). Para brindar mayor certeza, los Artículos 1102 y 1103 se aplican a la citada medida.

"3. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

"a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

"b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio;

"c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o

restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

"4. Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al requisito de que ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.

"5. Los párrafos 1 y 3 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos

"6. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) o (c) o 3 (a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:

1105, una disciplina "objetiva"; esto es, no impone obligaciones relativas, sino absolutas; lo que significa que su cumplimiento no depende de la comparación de trato que reciben el resto de las inversiones en el territorio de la Parte.

El artículo 1106 se distingue del resto de las cuatro grandes disciplinas del TLCAN, por ser aplicable a todas las inversiones dentro del territorio de las Partes, sean éstas propiedad de nacionales de alguna de ellas o no. Así, por virtud del artículo 1106, México no puede imponer requisitos de desempeño sobre una inversión en su territorio propiedad de un inversionista chino, por referir un ejemplo.²¹⁷

También, a diferencia de lo que sucede con las otras cuatro disciplinas del Capítulo 11, ninguna Parte ha sido condenada por violación al artículo 1106, a pesar de haberse esgrimido dicha violación en varias ocasiones.²¹⁸

En términos generales, el artículo 1106 del TLCAN obliga a las Partes a no generar distorsiones en el mercado mediante la adopción de medidas que restrinjan la capacidad de las empresas para conducir sus negocios como éstas lo juzguen más conveniente.

La prohibición de imponer requisitos de desempeño surge de la necesidad de evitar que los gobiernos intenten obtener un beneficio a costa de la competitividad de las empresas bajo su jurisdicción. Por ejemplo, a través de las normas sobre requisitos de desempeño, normalmente se prohíbe que un Estado intente mejorar su balanza comercial e

"a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;

"b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o

"c) la preservación de recursos naturales no-renovables vivos o no." Nota *supra* 26.

²¹⁷ Sin embargo, en este ejemplo el inversionista chino no podría acceder al procedimiento de solución de controversias previsto en el Capítulo 11 para reclamar la imposición de un requisito de desempeño en su perjuicio. No obstante, pensemos por ejemplo, que la inversión del inversionista chino se dedica a la fabricación de un producto cuya elaboración requiere de insumos provenientes de los EE.UU. En ese caso, de acuerdo a la forma en que se ha interpretado hasta ahora el artículo 1106, si el requisito de desempeño consiste por ejemplo, en exigir a la inversión del inversionista chino el consumo exclusivo de insumos nacionales, entonces el proveedor norteamericano podría iniciar un procedimiento conforme al Capítulo 11 por la imposición de dicho requisito de desempeño.

²¹⁸ El artículo 1106 ha sido esgrimido en los casos *Ehtyl, S.D. Myers, Pope & Talbot, ADF, Ketchum y Crompton*. Véase Anexo Único.

incrementar el número de divisas que ingresan a su territorio, obligando a las empresas bajo su jurisdicción a elevar sus exportaciones aún cuando esto les signifique un perjuicio.

Ahora bien, esto no significa que las normas sobre requisitos de desempeño prohíban todas las medidas de un Estado con implicaciones negativas para la competitividad de las inversiones en su territorio. Tales normas descansan sobre el consenso de dos o más Estados, respecto al catálogo de restricciones a la libertad de los inversionistas que deben ser consideradas ilegales –a pesar de que sirvan a un fin colectivo doméstico–.

El inventario de conductas típicamente consideradas como requisitos de desempeño ilegítimos, se ha desarrollado a través del tiempo en los tratados relativos a la inversión. Ya en los TACN's se prohibía por ejemplo, impedir que los inversionistas extranjeros repatriaran sus ganancias. No obstante, es a través de los ABI's que se desarrolla un catálogo más amplio de conductas consideradas como requisitos de desempeño, similar al que hoy aparece en el Capítulo 11 del TLCAN.²¹⁹

La pregunta que desea contestar el presente capítulo es: ¿el catálogo de prohibiciones establecido en el artículo 1106 del TLCAN garantiza que las Partes podrán adoptar medidas regulatorias legítimas a favor del ambiente? En otras palabras ¿el catálogo establecido en el artículo 1106 es claro y taxativo?; o bien, ¿es tan vago e impreciso que a través de él, pueden combatirse medidas regulatorias legítimas de las Partes?

A efecto de contestar estas preguntas, habremos de concentrarnos en la forma en que han sido interpretados los requisitos establecidos por los artículos 1106(1)(a) y 1106(1)(c) del TLCAN. Nos referimos en primer lugar, a la prohibición de imponer o hacer cumplir, en relación al "establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión", el requisito de "exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios" y, en segundo lugar, al requisito de adquirir, utilizar u

²¹⁹ Como hemos señalado con antelación, el catálogo de conductas prohibidas como requisitos de desempeño se basa en el supuesto de que tales conductas distorsionan el comercio y los flujos de inversión, desincentivando la actividad económica y retrasando el desarrollo.

otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en el territorio de la Parte que impone el requisito, o de adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en el territorio de dicha Parte.

En el caso *Ethyl*, como hemos narrado ya, Canadá prohibió la importación y el comercio inter-provincias del aditivo de gasolina conocido como MMT.²²⁰ Según el inversionista, esta prohibición violaba el artículo 1106(1)(c) del TLCAN, toda vez que obligaba a Ethyl Canadá a sustituir el MMT producido en los EE.UU., con sucedáneos canadienses.²²¹

Ante este argumento Canadá respondió que:

*La aceptación del argumento de Ethyl respecto a que una prohibición de importación es equivalente a un requisito de desempeño, conduciría al resultado absurdo de que toda medida fronteriza (ya sea una prohibición de importación, una cuota, un porcentaje de importación o una tarifa) es un 'requisito de desempeño'. El Capítulo 11 no aplica a este tipo de medidas.*²²²

Desde nuestro punto de vista, la afirmación del gobierno de Canadá es irrefutable: prácticamente toda restricción a la importación de un bien o servicio obliga –o al menos induce– a los consumidores nacionales, a buscar sustitutos domésticos.

Por otro lado, es cierto también que Ethyl Canadá, para seguir operando como lo había hecho hasta antes de la medida impugnada, hubiera requerido consumir MMT canadiense. En otras palabras, la medida de Canadá en realidad tuvo el efecto de condicionar la operación de Ethyl Canadá dentro de su territorio, al consumo de un producto nacional.

²²⁰ No debe olvidarse que Canadá no prohibió la fabricación de MMT dentro de su territorio.

²²¹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, PRIVATE RIGHTS, PUBLIC PROBLEMS, A GUIDE TO NAFTA'S CONTROVERSIAL CHAPTER ON INVESTOR RIGHTS 72 (International Institute for Sustainable Development & World Wildlife Fund 2001).

²²² Contestación de la Demanda, nota *supra* 61, ¶ 91.

¿Fue entonces la intención de las Partes, al redactar el artículo 1106(1)(c), hacer ilegales todas las restricciones a la importación de bienes o servicios? Si esto es así ¿qué sentido tuvo celebrar un tratado comercial que establece objetivos, sectores y plazos de desgravación arancelaria, requisitos para la imposición de medidas no arancelarias y otros acuerdos para el establecimiento de una zona de libre comercio, si el efecto de un solo artículo de dicho tratado vuelve ilegales todas las restricciones comerciales fronterizas?

En el caso *Ethyl*, el tribunal no tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a estas interrogantes, debido a que la disputa concluyó por la vía de la negociación. Sin embargo, en su laudo sobre jurisdicción señaló:

Canadá asegura que, toda vez que la Ley MMT impide la importación de MMT hacia Canadá y prohíbe su comercio entre provincias, debería ser visto como una afectación al comercio de productos y por lo tanto materia del Capítulo 3 del TLCAN, que se refiere a Trato Nacional y Acceso de Bienes al Mercado [...] el argumento que se ofrece es que las cuestiones de comercio de bienes bajo el Capítulo 3 dan lugar a un procedimiento de solución de controversias gobierno-a-gobierno de acuerdo a la sección B del Capítulo 20 y, sostiene –refiriéndose por supuesto a Canadá–, que por esta razón se excluye la posibilidad de un arbitraje inversionista-Estado bajo el Capítulo 11.

[...]

Sin embargo, Canadá no cita ninguna autoridad ni elabora ningún argumento sobre por qué los dos –refiriéndose al Capítulo 3 y al Capítulo 11– son necesariamente incompatibles. Canadá se limita a este respecto a hacer referencia al artículo 1112, el cual requiere simplemente que 'en caso de incompatibilidad entre este capítulo (11) y otro capítulo (i.e. 3), prevalecerá la de este último en la medida de la incompatibilidad'.

*[...] Actualmente, el Tribunal no puede rechazar la reclamación de Ethyl bajo estas bases.*²²³

Por lo tanto, si bien el tribunal en el caso *Ethyl* no resolvió sobre los alcances en materia comercial del artículo 1106, al menos estableció que las medidas comerciales de las

²²³ Nota *supra* 63 (Laudo sobre Jurisdicción), ¶¶ 62–64.

Partes pueden ser revisadas a través del Capítulo 11, sin perjuicio de que sean evaluadas también, a través de las disposiciones propiamente comerciales del TLCAN.

Ethyl asumió para plantear su caso, una postura "efectivista" o "materialista" que puede enunciarse de la siguiente manera: toda medida que tenga el efecto de condicionar cualquier actividad descrita en el artículo 1106(1), a la realización de una o más de las conductas descritas en los incisos a) al g) del propio artículo 1106(1), constituye una violación al Capítulo 11 del TLCAN. Dicho de otra manera y refiriéndonos en específico al artículo 1106(1)(c), la postura de Ethyl sostiene que toda medida que tenga el efecto de condicionar el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión, al requisito de adquirir, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en el territorio de la Parte que impone el requisito, o de adquirir bienes de productores o servicios de prestadores en el territorio de dicha Parte, constituye una violación al Capítulo 11.²²⁴

De acuerdo a esta interpretación "efectivista" o "materialista", un sin número de medidas ambientales tendientes a impedir la importación de productos nocivos a la salud o al ambiente, pueden ser atacadas a través de este precepto. Piénsese por ejemplo, en la prohibición de importar pesticidas, residuos peligrosos, organismos vivos modificados o cualquier otro producto al que se atribuyan impactos negativos sobre el ambiente. Tales prohibiciones muy probablemente tendrían el efecto de condicionar el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión dentro del territorio de la Parte que adopta la prohibición, al consumo de sucedáneos nacionales.

El caso *Ethyl* por lo tanto, siendo el primer caso ambiental conocido, planteó ya desde 1996, diversas interrogantes sobre la interpretación y aplicación del artículo 1106(1)(c) del TLCAN, a saber:

²²⁴ Utilizamos la expresión "condicionar" porque consideramos que las enumeraciones establecidas en los párrafos 1 y 3 del artículo 1106, constituyen una lista de condiciones. El término requisito significa finalmente: "una circunstancia o condición necesaria para una cosa" nota *supra* 59.

1. ¿La interpretación "efectivista" o "materialista" es la única que admite el artículo 1106?
2. ¿La condición en todo caso debe ser impuesta sobre la inversión o puede ser impuesta sobre un tercero con relación a ésta?
3. ¿El requisito de que se trate debe constituir una condición *sine qua non* para la realización de alguna de las actividades señaladas en el artículo 1106(1)? Esto es, si la inversión tiene alternativas para seguir llevando a cabo su actividad ¿se considera que no se impuso un requisito? Por ejemplo, si el efecto del requisito es simplemente el de encarecer cualquiera de las actividades enumeradas en el artículo 1106(1) ¿puede decirse que en realidad tales actividades no están condicionadas?²²⁵
4. ¿Las excepciones ambientales previstas en el artículo 1106(2) y 1106(6) y que se refieren respectivamente a la exigencia de emplear tecnologías limpias y a los requisitos tendientes a proteger la vida y salud humana, animal o vegetal así como los recursos naturales, sirven para evitar que los artículos 1106(1)(a) y 1106(1)(c) impidan a las Partes adoptar medidas a favor del ambiente?

En el caso *S.D. Myers*, el inversionista presentó un argumento similar al de Ethyl, sosteniendo que:

*La prohibición de exportar BPC's tuvo el efecto de ordenar al Inversionista disponer de los residuos contaminados con BPC's en Canadá, si es que deseaba llevar a cabo dicha disposición. Esto derivó en un requisito de desempeño exigiendo a los tratadores de BPC's preferir los bienes y servicios canadienses y a alcanzar un cierto nivel de contenido nacional en contravención a las obligaciones de Canadá bajo el artículo 1106 del TLCAN (énfasis añadido).*²²⁶

²²⁵ Para ilustrar esta cuestión tomemos como ejemplo el caso *Ethyl*. Ante la prohibición de importar MMT, Ethyl Candá tenía la opción de (i) producir MMT en cada una de las provincias canadienses en vez de importar dicha sustancia; (ii) consumir sustitutos nacionales para fabricar el aditivo de gasolina que comercializaba; o bien (iii) importar sustitutos del MMT. En los dos primeros casos, estaría sujetando la realización de su actividad al cumplimiento de un requisito descrito en los incisos b o c del artículo 1106(1). Sin embargo, la última de las opciones señaladas no constituye un requisito de desempeño; sin embargo, sin duda hubiera implicado mayores costos de operación para la empresa. ¿Puede decirse entonces que toda vez que Ethyl tenía la alternativa de seguir operando sin cumplir con el supuesto requisito de consumir MMT canadiense, en realidad no existía violación al artículo 1106?

²²⁶ Nota *supra* 114, ¶ 46.

Canadá respondió a este argumento señalando que:

*la medida no impuso ningún requisito de compra, uso o preferencia de los bienes producidos o los servicios prestados dentro de su territorio, o de comprar bienes o servicios de personas en su territorio con relación a ninguna inversión de Myers en Canadá.*²²⁷

Canadá insistió además en que la interpretación del artículo 1106 propuesta por el inversionista "conduciría al absurdo resultado de que toda medida fronteriza es un requisito de desempeño."²²⁸

Debe destacarse que Canadá confrontó la postura "efectivista" o "materialista" de S.D. Myers, con lo que aparenta ser una interpretación formalista del artículo 1106. Canadá no controvertió que el efecto de la prohibición haya sido condicionar la actividad de S.D. Myers Canadá (o de ninguna otra inversión en su territorio) al consumo de bienes o servicios canadienses. Canadá se limita a señalar simplemente que "la medida no impuso ningún requisito". Con ello, Canadá aparentemente quiso afirmar que para que una medida sea considerada violatoria del artículo 1106, es necesario que condicione expresamente alguna de las conductas previstas en el artículo 1106(1), a la realización de cualquiera de los requisitos señalados en los incisos de dicho precepto.

Esta interpretación formalista fue reafirmada por Canadá en el caso *Pope & Talbot*, en donde sostuvo que los únicos requisitos que están prohibidos por el artículo 1106(1) son aquellos que "compelen a la observancia de una condición obligatoria", por lo que no puede haber violaciones *de facto* al artículo 1106(1), toda vez que éstas, por definición, no entrañan una obligación susceptible de ser aplicada por Canadá.²²⁹

No sólo Canadá ha adoptado una postura formalista para interpretar el artículo 1106(1) del TLCAN. Aparentemente también lo han hecho los tribunales constituidos

²²⁷ Nota *supra* 112, ¶ 51.

²²⁸ *Id.* ¶ 52.

²²⁹ Citado en nota *supra* 45 (Laudo Preliminar sobre el Fondo), ¶ 52.

conforme al Capítulo 11. En el caso *S.D. Myers* el tribunal determinó que Canadá no había violado el artículo 1106 al prohibir la exportación de BPC's y razonó su decisión de la siguiente forma:

La prohibición de exportación impuesta por Canadá no fue emitida bajo la forma de una condición expresa ligada a una aprobación regulatoria; sin embargo, al aplicar el artículo 1106 el Tribunal debe atender a la sustancia y no a la forma (énfasis añadido).²³⁰

Obsérvese como el tribunal rechaza, en primera instancia, que la condición a la que se sujete la actividad de la inversión tenga que ser expresa para que exista un requisito de desempeño en los términos del artículo 1106 del TLCAN. Nótese también, que al emplear el término "sustancia" el tribunal está realmente refiriéndose al efecto de la medida. El tribunal continúa diciendo:

No obstante que el Tribunal debe revisar la sustancia de la medida, no puede considerar ninguna limitación o restricción que no encuadre estrictamente dentro de los 'requisitos' enumerados en los artículos 1106(1) y (3)

La única parte de la definición que podría aplicar en la presente situación es ... conducción u operación de una inversión... pero en la opinión de la mayoría del Tribunal, el inciso (b) claramente no aplica ni tampoco el inciso (c) (subrayado en cursivas en el original).

Atendiendo a la sustancia y efecto de la Orden Provisional, así como a la letra del artículo 1106, por mayoría este Tribunal considera que ningún requisito que encuadre dentro del Artículo 1106 tal y como están definidos, fue impuesto sobre SDMI.

El tribunal no añadió ningún otro razonamiento a su decisión sobre el artículo 1106.

¿Qué quiso decir el tribunal cuando señaló que ningún requisito que encuadre dentro del Artículo 1106 tal y como están definidos, fue impuesto sobre *S.D. Myers*?

²³⁰ Nota *supra* 119, ¶ 273.

Debemos asumir que cuando el tribunal señaló que la única parte de la "definición" que podría aplicar en el caso *S.D. Myers* era la de "conducción u operación de una inversión", quiso significar que Canadá no impuso, ni hizo cumplir en los términos del artículo 1106, ningún requisito sobre *S.D. Myers* Canadá ni sobre ninguna otra inversión en su territorio.²³¹ Ahora bien ¿cómo llegó el tribunal a esa conclusión? Si el tribunal evaluó tanto la forma como los efectos de la medida para tomar su decisión ¿cuál de estos dos elementos fue el que en este caso resultó inaplicable?

El tribunal textualmente reconoció que la prohibición impuesta por Canadá no fue emitida "bajo la forma de una condición expresa",²³² ¿pero que hay del efecto? ¿Acaso la medida no tuvo el efecto de condicionar la operación o conducción de una o más inversiones en el territorio de Canadá (incluyendo a la propia *S.D. Myers* Canadá) al consumo de bienes o servicios canadienses?

De acuerdo al criterio del propio tribunal, en este caso la inversión afectada era la empresa canadiense *S.D. Myers* Canadá,²³³ una *joint venture* constituida por *S.D. Myers*, cuya función era la de contratar con los poseedores de BPC's en Canadá para que sus residuos fueran tratados en las instalaciones de *S.D. Myers* en los EE.UU.²³⁴ A cambio de esta actividad, *S.D. Myers* Canadá recibía un porcentaje de las ganancias derivadas de tales contratos.²³⁵ Las actividades de *S.D. Myers* Canadá incluían además, llevar a cabo evaluaciones *in situ* de los residuos a tratar y hacerse cargo del drenado del equipo contaminado, así como organizar su transportación hacia los EE.UU.²³⁶ En pocas palabras, las operaciones de *S.D. Myers* Canadá consistían en ser el enlace entre *S.D. Myers* y los poseedores de BPC's en Canadá.

²³¹ Por exclusión, debemos entender que las partes del artículo 1106(1) que según el tribunal son inaplicables en este caso son las de: "imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa" y "de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio".

²³² Nota *supra* 119, ¶ 227.

²³³ Nota *supra* 119, ¶ 231.

²³⁴ Nota *supra* 114, ¶ 15.

²³⁵ *Id.* ¶ 93.

²³⁶ *Id.* ¶ 117.

La pregunta relevante aquí es: la prohibición de exportar BPC's hacia los EE.UU. impuesta por Canadá, tuvo o no el efecto de impedir que S.D. Myers Canadá continuara operando en la forma en que lo había hecho hasta ese momento. Para nosotros la respuesta es clara: S.D. Myers Canadá no podía seguir operando de la misma manera a menos que S.D. Myers –por sí misma o a través de su subsidiaria canadiense– hubiera construido una planta de tratamiento en el territorio de Canadá. Esto nos lleva a otra pregunta ¿esta circunstancia hubiera requerido que S.D. Myers Canadá adquiriera, utilizara u otorgara preferencia a bienes o servicios canadienses? No hay una respuesta clara a esta pregunta.

Por una parte, podría decirse que S.D. Myers pudo haber construido por sí misma o a través de una subsidiaria distinta a S.D. Myers Canadá una planta de tratamiento, en cuyo caso la condición no hubiera tenido que ser cumplida por la “inversión” propiamente, sino por el inversionista o por un tercero; lo que genera la pregunta: ¿sobre quién tiene que ser impuesto el requisito? El artículo 1106(1) establece que el requisito debe ser impuesto “con relación” a una inversión más no sobre ésta precisamente. Si por el contrario, se asume que las Partes quisieron referirse en el artículo 1106(1) a requisitos impuestos sobre las inversiones, entonces tendría que concluirse que la medida de Canadá no constituía un requisito de desempeño, toda vez que *no tuvo el efecto* de condicionar la actividad de la *inversión* en este caso.

Desde otra perspectiva, podría sostenerse en cambio que S.D. Myers Canadá sólo podían seguir operando en Canadá si ella, S.D. Myers o un tercero, hubieran adquirido bienes (*i.e.* un predio para la construcción de una planta en Canadá) o servicios canadienses (*i.e.* mano de obra para la construcción de la planta); lo que nos llevaría a afirmar que la medida tuvo el efecto de condicionar la operación de S.D. Myers Canadá.

Sin embargo, existe otro escenario que explorar. ¿Qué hay de los poseedores de BPC's en Canadá? Éstos son inversiones protegidas por el artículo 1106(1), toda vez que este precepto se refiere a inversiones tanto de nacionales de una de las Partes como de Estados no partes del TLCAN. ¿La prohibición de Canadá tuvo el efecto de sujetar la

operación de dichos poseedores de BPC's, al consumo de bienes o servicios canadienses? La respuesta en este supuesto tampoco es clara.

La prohibición impuesta por Canadá sólo se refería a las exportaciones de BPC's hacia los EE.UU. Esto significa que los poseedores de BPC's en Canadá podían optar no sólo por los prestadores de servicios canadienses sino por prestadores ubicados en otros países del mundo distintos a los EE.UU. Tal vez ello hubiera implicado mayores costos para los poseedores de BPC's; sin embargo, no puede decirse que el requisito de consumir servicios nacionales era una condición *sine qua non* para la operación de esas inversiones. Esto nos lleva de nuevo a la pregunta ¿las condiciones enumeradas en los párrafos 1 y 3 del artículo 1106 tienen que constituir requisitos *sine qua non*?

En resumen, no sabemos si el tribunal consideró que la medida de Canadá tuvo o no el efecto de condicionar la operación o la conducción de una inversión en el territorio canadiense. Sin embargo, si el tribunal consideró que a pesar de haberse producido dicho efecto, la medida no violaba el artículo 1106, entonces eso significa que bastó con que la medida no revistiera la forma de una condición expresa, para que dicha violación no existiera; lo que a su vez implicaría que el tribunal adoptó una postura formalista respecto a la interpretación del artículo 1106.

En contraste, el Dr. Bryan Schwartz, en su Opinión Separada asume una postura totalmente "efectivista" al concluir que:

El efecto práctico de la prohibición de exportación fue contrario al artículo 1106(b); S.D. Myers y su afiliada Myers Canadá fueron efectivamente requeridos a llevar a cabo una parte sustancial del proceso de remediación, la disposición física de los residuos, en Canadá. El "contenido canadiense" del servicio prestado tenía que incluir las operaciones de destrucción (énfasis añadido).²³⁷

El profesor Schwartz agrega más adelante:

²³⁷ S.D. Myers, Inc. v. Canadá, ¶ 193 (Nov. 12, 2000) (Opinión Separada del Dr. Bryan Schwartz, concurrente salvo con respecto a los requisitos de desempeño).

*Es debatible, y no hay necesidad de emitir una decisión firme al respecto, sobre si la prohibición de exportación implicó en sustancia una violación al artículo 1106(c) [sic] así como al artículo 1106(b) [sic].*²³⁸

Debe destacarse en primer lugar, que el profesor Schwartz acepta que el requisito puede ser impuesto tanto a la inversión como al inversionista, toda vez que se refiere tanto al inversionista (S.D. Myers) como a la inversión (S.D. Myers Canadá) cuando habla de la imposición del requisito de llevar a cabo una parte sustancial del proceso de remediación en el territorio de Canadá. En segundo lugar, debe notarse que al establecer que no era necesario determinar si la medida constituía "en sustancia" —entendiéndose en su forma— una violación al artículo 1106, significa que, en opinión del profesor Schwartz, basta atender al efecto de la medida para determinar la existencia de una violación.

Todo esto nos permite concluir que: (i) el artículo 1106 admite tanto una interpretación formalista como una "efectivista"; (ii) que los gobiernos se han ceñido a la primera, mientras que los inversionistas han adoptado la segunda, y (iii) que los tribunales, si bien parecen mostrar cercanía con la postura formalista (con excepción del profesor Schwartz), no se han pronunciado de forma clara y contundente respecto a la prevalencia de alguna de estas dos interpretaciones.

Observemos ahora el razonamiento que llevó a concluir al tribunal en el caso *Pope & Talbot*, que Canadá no había impuesto ningún requisito de desempeño sobre la empresa del mismo nombre, al establecer cuotas a la exportación de madera hacia los EE.UU.:

*El tribunal concluye que el inversionista no ha sometido una reclamación válida en los términos del artículo 1106(1)(a), toda vez que el Régimen no "impone o hace cumplir * * * requisitos." Más bien, es un régimen de tasas y tarifas restrictivo de las exportaciones, fijando únicamente el nivel hasta el cual los productos cubiertos pueden ser exportados libres de tarifa (BE), luego a una tarifa más baja (BTMB) hasta un determinado nivel más alto y, a partir de ahí en cantidades ilimitadas a una tasa mayor (BTM).*

[...]

²³⁸ *Id.* ¶ 197.

Mientras que el Régimen sin duda inhibe las exportaciones altas hacia los EE.UU., esa inhibición no es un 'requisito' para el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de un negocio propiedad de extranjeros en Canadá (énfasis añadido).²³⁹

Desde nuestro punto de vista, el tribunal reconoce implícitamente que los requisitos enumerados en los párrafos 1 y 3 del artículo 1106 deben constituir una condición *sine qua non* para el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión.

Nótese que el tribunal admite que la medida de Canadá *inhibe* las exportaciones en cierto nivel al encarecerlas y, sin embargo, concluye que esta circunstancia no entraña la imposición de un requisito de desempeño. En otras palabras, el tribunal concluyó que la operación de Pope & Talbot no estaba *condicionada*, ni formal ni fácticamente, al cumplimiento de un nivel determinado de exportación; esto es, Pope & Talbot podía seguir exportando la cantidad de madera que deseara, sólo que a un costo mayor.

Consecuentemente, si Pope & Talbot tenía la opción de cumplir o no el requisito (en este caso exportar madera hasta cierto nivel), debemos concluir que dicho requisito no asumió la forma de una condición *sine qua non* para la operación de dicha empresa, sino que sencillamente la encareció y, es debido a esto, que el tribunal determinó que no existía violación al artículo 1106 del TLCAN.

Finalmente, cabe destacar que el tribunal, contrariamente a lo que sostuvo Canadá en este caso, determinó que el artículo 1106(1)(a) no sólo está diseñado para impedir que las Partes exijan a las inversiones en su territorio exportaciones más altas con el fin de obtener beneficios en su balanza comercial, sino que también sanciona aquellas medidas que exigen niveles inferiores de exportación. Textualmente el tribunal señaló:

El lenguaje de dicho artículo no está expresamente limitado a la imposición o aplicación de un nivel o porcentaje mayor de exportaciones de bienes o

²³⁹ Nota *supra* 45 (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 75.

*servicios, sino que puede admitir igualmente la imposición o aplicación de cualquier nivel o porcentaje determinado de tales exportaciones (lo subrayado en cursivas en el original).*²⁴⁰

De todos los pasajes transcritos en este Capítulo, éste tal vez sea el de mayor relevancia para efectos de interpretar el artículo 1106. Este criterio convierte a todas las restricciones o prohibiciones a la exportación de bienes o servicios, en requisitos de desempeño prohibidos por el artículo 1106; finalmente, cuando un Estado prohíbe la exportación de cierto bien o servicio, está imponiendo un “nivel o porcentaje” de exportación equivalente a cero.

Si el tribunal en el caso *S.D. Myers* hubiera adoptado el mismo criterio de interpretación, hubiera necesariamente concluido que la prohibición de exportar BPC's de Canadá hacia los EE.UU. constituía una violación al artículo 1106 del TLCAN.

Más aún, si los requisitos de desempeño pueden ser impuestos no sólo sobre una inversión en el territorio de la Parte que adopta la medida, sino también sobre un inversionista fuera del territorio de dicha parte —como parece aceptar el Dr. Schwartz—, entonces el artículo 1106(1)(a) prohíbe no sólo las limitaciones a la exportación de bienes y servicios, sino también las medidas que limitan su importación. Pensemos en el caso de una empresa que importa ciertas sustancias de su casa matriz; en ese caso, podría sostenerse que la prohibición a importar dichas sustancias impone sobre el inversionista (la casa matriz) el requisito de exportar hacia el territorio de la Parte un porcentaje equivalente a cero de la sustancia en cuestión. En este ejemplo, la medida impone el requisito sobre el inversionista “en relación” a la operación de una inversión en el territorio de la Parte y, por lo tanto, constituye un requisito de desempeño. Por consiguiente, bajo esta interpretación del artículo 1106(1)(a), la prohibición de importar MMT hacia Canadá en el caso *Ethyl*, hubiera sido ilegal.

Por todo lo anterior podemos concluir lo siguiente:

²⁴⁰ *Id.* ¶ 74.

5. Bajo una interpretación "efectivista" del artículo 1106(1)(c), un gran número de restricciones a la importación de ciertos bienes o servicios pueden constituir requisitos de desempeño prohibidos por el TLCAN;
6. Bajo una interpretación –ya sea formalista o "efectivista"– similar a la ofrecida por el tribunal en el caso *Pope & Talbot*, respecto al artículo 1106(1)(a) (nos referiremos más adelante a ella como la interpretación "Ampliada"), toda limitación a la exportación o importación de bienes o servicios, constituye un requisito de desempeño compensable en los términos del capítulo 11 del TLCAN.

Sobra señalar las importantes implicaciones ambientales de estas conclusiones. Pensemos en todas aquellas medidas que por razones ambientales o de salud pública, prohíben la salida o entrada de bienes al territorio del Estado que las impone. Pensemos por ejemplo, en el caso de la exportación de especies endémicas en peligro de extinción, la importación o importación de residuos, la importación de organismos vivos modificados, etc. En síntesis, ninguna de las Partes podría regular la salida o entrada de bienes en su territorio, sin tener que compensar a los inversionistas afectados.

Llegados a este punto es necesario determinar si las excepciones ambientales contenidas en los artículos 1106(2) y 1106(6) del TLCAN sirven para salvaguardar la capacidad regulatoria de las Partes en materia de comercio exterior, aparentemente nulificada por los artículos 1106(1)(a) y 1106(1)(c) del mismo tratado.

El artículo 1106(1)(a) establece que una Parte no impone un requisito de desempeño prohibido por el Capítulo 11, cuando "exig[e] que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente".²⁴¹ Esto es, si una Parte exige por ejemplo, a las industrias que emitan descargas de aguas residuales en su territorio, la instalación y uso de plantas de tratamiento,

²⁴¹ El mismo precepto aclara que si bien dicha medida no constituye un requisito de desempeño, debe observar lo dispuesto en los artículos 1102 y 1103 del TLCAN.

teóricamente no estará imponiendo un requisito de desempeño prohibido por el TLCAN. No obstante, esta excepción no soluciona el problema relativo a la importación o exportación de ciertos bienes por razones ambientales.

Por su parte, el artículo 1106(6) establece:

1. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1(b) o (c) o 3(a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:
a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;
b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
c) la preservación de recursos naturales no-renovables vivos o no.

En primer lugar, debe decirse sobre este precepto, que ha sido severamente criticado el hecho de que exista como una excepción ante la presunción de que los actos de las Partes son ilegales; así como que haya adoptado el “estándar de necesidad” (*the necessity test*) para determinar la aplicabilidad de la excepción que contiene, lo que significa que la Parte que adopte la medida debe probar que: (i) existe la necesidad de adoptar medidas para proteger el ambiente; (ii) que es necesario que tales medidas tengan implicaciones comerciales, y que (iii) tales implicaciones son las menos restrictivas desde el punto de vista comercial.²⁴²

Esta excepción ambiental establece tres condiciones (dos en sentido negativo y una en sentido positivo) para que una medida que de otro modo sería un requisito de desempeño prohibido, sea considerada una medida legal:

1. No sea aplicada de manera arbitraria o injustificada;
2. No constituya una restricción encubierta al comercio o a la inversión internacionales; y

²⁴² Nota *supra* 1, p. 36.

3. Sea necesaria para uno o más de los fines enumerados en el propio artículo 1106(6).

Ahora bien, es poco claro desde nuestro punto de vista, cuál es exactamente la relación que existe entre estas tres condiciones; por ejemplo ¿puede una medida ser arbitraria o injustificada a pesar de que se constate su utilidad para la satisfacción de alguno de los fines ambientales establecidos en el artículo 1106(6)?²⁴³ O bien ¿una medida que sirve para cumplir uno de tales fines puede, a pesar de ello, considerarse una restricción encubierta al comercio o a la inversión internacionales? A juzgar por el diseño del artículo 1106, los redactores del Capítulo 11 aparentemente quisieron mantener estos requisitos como elementos independientes.

Hasta este momento, en ninguno de los casos en los que se han desestimado las reclamaciones de los inversionistas con relación al artículo 1106, los tribunales han analizado, ni mucho menos aplicado, alguna de las excepciones ambientales previstas en el mismo precepto. La única decisión al respecto que existe hasta el momento, es la ofrecida por el Dr. Schwartz, quien tras haber concluido que la prohibición de exportar BPC's tenía el efecto de obligar a S.D. Myers y a S.D. Myers Canadá a consumir productos nacionales, procedió al análisis de la aplicabilidad de la excepción ambiental contenida en el artículo 1106(6).

En primer lugar, el Dr. Schwartz aplica el "estándar de necesidad" para negar la aplicabilidad de la excepción ambiental:

*La medida no era 'necesaria' para proteger la vida, la salud u otros intereses públicos, ya que sus objetivos pudieron haber sido fácilmente alcanzados por medios que no restringieran el comercio.*²⁴⁴

²⁴³ En este supuesto podemos aceptar que exista cierto sentido en diferenciar estos dos elementos. Un determinado requisito puede servir perfectamente al cumplimiento de un fin ambiental y sin embargo, ser aplicado únicamente o de manera más severa sobre las inversiones extranjeras. No obstante, la pregunta subsiste, si un tribunal concluye que un requisito ambiental se aplica discriminatoriamente en perjuicio de las inversiones extranjeras ¿esta circunstancia por sí misma, no convertiría automáticamente a la medida en una restricción encubierta a la inversión internacional?

²⁴⁴ Nota *supra* 237, ¶ 199.

En segundo lugar, el profesor Schwartz establece que "la prohibición de exportación fue 'arbitraria o injustificada' porque era tanto discriminatoria como innecesaria". Nótese que al establecer el contenido de los términos "arbitraria" e "injustificada", el profesor Schwartz introduce la "no discriminación" como un nuevo elemento de análisis, no expresamente previsto en el artículo 1106. Al menos en principio, parece razonable que una medida discriminatoria sea considerada arbitraria; sin embargo, esta decisión plantea la pregunta ¿cuántas cosas caben en las palabras "arbitraria" e "injustificada"? Debe destacarse además, que el profesor Schwartz basa esta segunda conclusión en la primera, al señalar que la medida es injustificada o arbitraria toda vez que es innecesaria; lo que reafirma la aparente indivisibilidad de los elementos de esta excepción.

Finalmente, el profesor Schwartz concluyó que la medida constituía una restricción encubierta al comercio.²⁴⁵ Curiosamente, no lo hace basando directamente esta decisión en el hecho de que la medida fuera innecesaria, arbitraria o injustificada, sino que entra — acertadamente desde nuestro punto de vista— al análisis de cuáles fueron las verdaderas motivaciones del Estado al adoptar la medida.²⁴⁶ El profesor Schwartz señala:

El Ministro de Medio Ambiente, en su declaración ante la Casa de los Comunes del 9 de junio de 1999, afirmó que se trataba de una política gubernamental que los desechos de BPC's fueran no solo dispuestos por Canadá, sino 'por canadienses'. Podría por lo tanto inferirse, que la Ministro no deseaba ver a S.D. Myers operar en Canadá en lo absoluto; y que estaba interesada no en los 'requisitos de desempeño', sino en expulsar a todos los inversionistas estadounidenses. [...]

Parece claro que el requisito de disponer BPC's en Canadá existió 'en relación' con la expansión de las operaciones del inversionista en este caso en específico. Fue en respuesta a los planes de S.D. Myers de expandir su negocio de remediación de los desechos canadienses contaminados con BPC's, que el gobierno impuso la prohibición de exportar.²⁴⁷

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ De hecho, el profesor Schwartz concluye primero, que la medida era una restricción encubierta al comercio; y más tarde, que constituía una medida innecesaria, arbitraria e injustificada. Nosotros modificamos el orden de las conclusiones del Dr. Schwartz para dejar al final la decisión que, en nuestra opinión, tiene mayor trascendencia para nuestro estudio.

²⁴⁷ Nota *supra* 237, ¶¶ 195 y 196.

Es encomiable que el profesor Schwartz entrara al estudio de la voluntad del Estado para concluir que la medida constituía una restricción encubierta al comercio, en vez de construir un argumento circular a partir del “estándar de necesidad”. Esto evidencia además, la factibilidad de que los tribunales analicen las motivaciones de un gobierno al imponer una medida para determinar su legalidad.

Finalmente debemos mencionar, que la discusión sobre los alcances comerciales del artículo 1106, así como sus implicaciones ambientales, son una discusión pendiente para los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11 del TLCAN.

Por ejemplo, los argumentos expuestos por Pope & Talbot fueron más tarde reproducidos por las empresas Ketchum Investment Inc. y Tysa Investments Inc., quienes iniciaron un arbitraje contra el gobierno de Canadá en 2000, atacando exactamente las mismas medidas impugnadas por Pope & Talbot, bajo las mismos razonamientos legales.

De igual forma la discusión planteada por Ethyl ha sido revivida en el caso *Crompton*, en donde el inversionista sostiene que, al prohibir el uso de pesticidas elaborados con la sustancia conocida como Lindane para el tratamiento de las semillas de canola, el gobierno de Canadá esta:

*violando el artículo 1106 [toda vez que] [e]l Lindane no se produce en Canadá salvo por Crompton Co. [por lo que] al prohibir el Lindane, el gobierno de Canadá está imponiendo una preferencia por los productos sucedáneos producidos en Canadá.*²⁴⁸

Por todo lo anterior podemos concluir lo siguiente:

1. La interpretación “efectivista” del artículo 1106(1)(c) representa severas amenazas para la capacidad de las Partes de restringir la exportación o importación de bienes o servicios por razones ambientales;

²⁴⁸ Nota *supra* 141, ¶ 38.

2. La interpretación *ampliada* del artículo 1106(1)(a) implica igualmente graves riesgos para la capacidad de las Partes para adoptar medidas comerciales con fines ambientales;
3. El hecho de que las consideraciones ambientales previstas en los artículos 1106(2) y 1106(6) existan como excepciones a la ilegalidad de las medidas de las Partes; así como el uso del estándar de necesidad, amenazan igualmente la capacidad regulatoria de las Partes en materia ambiental; y
4. La única forma de atenuar la merma a dicha capacidad regulatoria al momento de aplicar la excepción ambiental prevista en el artículo 1106(6), es entrando al análisis de la intención subyacente del Estado al imponer una medida.

Capítulo V

Expropiación.

La Propiedad de Todos v. la Propiedad de Uno

El artículo 1110 del Capítulo 11 del TLCAN establece las reglas a las que deben sujetarse las Partes al nacionalizar, expropiar o imponer o mantener medidas equivalentes a expropiación o nacionalización, en perjuicio de una inversión de un inversionista de otra Parte.²⁴⁹

El artículo 1110, además de ser sin lugar a dudas la disposición más controvertida del Capítulo 11, es también, sólo después del artículo 1105, la disciplina más recurrida en

²⁴⁹ "Artículo 1110. Expropiación y compensación

"1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

"a) por causa de utilidad pública;

"b) sobre bases no discriminatorias;

"c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y

"d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

"2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

"3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

"4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

"5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

"6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.

"7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, 'Propiedad intelectual'.

"8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo." Nota *supra* 26.

los casos conocidos hasta la fecha. En 23 de las 31 controversias conocidas, el inversionista ha sostenido haber sido de alguna forma expropiado por la Parte demanda.²⁵⁰

La discusión respecto al artículo 1110 no radica en el régimen legal aplicable a las expropiaciones directas, es decir, aquéllas en las que el Estado adquiere para sí o para un tercero la propiedad de un bien perteneciente a un inversionista de otra Parte, a través de una medida expresamente dirigida hacia ese fin. La discusión sobre este precepto tampoco se concentra en los requisitos que las Partes deben observar al llevar a cabo una expropiación lisa y llana; ni en el método de evaluar la compensación a cubrir. El debate principal sobre el artículo 1110, al igual que el debate sobre el tema de la expropiación en el mundo entero, radica en la imposibilidad actual de establecer un contenido claro para los términos "expropiación indirecta" o "medidas equivalentes a expropiación o nacionalización."²⁵¹

La preocupación relativa a estas expresiones radica esencialmente en el temor de que diversas medidas regulatorias legítimas y no discriminatorias de las Partes, tendientes a salvaguardar la salud de su población, el ambiente u otros bienes similares, puedan ser consideradas expropiaciones o nacionalizaciones indirectas o medidas equivalentes a expropiación o nacionalización. El Dr. Bryan Schwartz resumió con claridad esta problemática:

La preocupación de los críticos es que el artículo 1110 será aplicado por los tribunales como nosotros, para exigir una compensación por acciones regulatorias legítimas de los gobiernos. En la medida en que tales acciones causen un perjuicio económico a los inversionistas, éstos en algunos casos serán compensados. El costo de cumplir con los laudos puede ser

²⁵⁰ Se sabe que en los casos *UPS, ADF, Trammel y Kenex*, los inversionistas decidieron no elaborar un argumento basado en el artículo 1110. En los casos *Tembec, Thunderbird, Halchette y Signa* se desconoce si este precepto fue esgrimido o no.

²⁵¹ El artículo 1110 utiliza 3 expresiones para referirse a medidas relacionadas con la privación de derechos de propiedad (*taking of property*), estos son: expropiación, nacionalización y medidas equivalentes a ambas. Sin embargo, no establece el sentido que debe darse a cada una de estas expresiones, ni las diferencias específicas entre cada una de ellas. Ahora bien, estas tres expresiones pueden subdividirse o combinarse entre ellas para formar nuevos conceptos y dar un total de 6 tipos de medidas relacionadas con la privación de derechos de propiedad, igualmente indiferenciadas por el artículo 1110, a saber: (i) expropiación directa; (ii) expropiación indirecta; (iii) nacionalización directa; (iv) nacionalización indirecta; (v) medida equivalente a expropiación; y (vi) medida equivalente a nacionalización.

extravagante. Incluso la amenaza de que se iniciarán reclamaciones relativas al artículo 1110 contra la acción regulatoria del Estado puede tener un efecto inhibitorio sobre las autoridades, advierten los críticos. El miedo a tener que cubrir una compensación puede producir que los gobiernos se abstengan de adoptar acciones regulatorias a favor de la salud, la seguridad, el ambiente o la justicia social y adoptar una actitud de 'dejar a hacer'. Como resultado, puede haber un daño real sobre el interés público a manos de los intereses privados.²⁵²

El objetivo de este Capítulo es determinar si esta amenaza es real, a través de las interpretaciones ofrecidas por las Partes, los inversionistas y los tribunales para responder la pregunta ¿cuándo una medida regulatoria ambiental de las Partes puede ser considerada un expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación, en los términos del artículo 1110 del TLCAN?

Antes de profundizar en las diversas interpretaciones que este precepto ha recibido; es necesario hacer tres precisiones fundamentales para aclarar el funcionamiento de esta disciplina.

En primer lugar, el artículo 1110 al igual que el 1105, es una disposición de contenido difuso, esto es, así como el artículo 1105 no establece el trato que debe recibir un inversionista de acuerdo al derecho internacional, el artículo 1110 tampoco señala lo que debe entenderse por expropiación, nacionalización o medidas equivalentes a éstas.²⁵³ Por lo tanto, los límites de estos términos deben buscarse no en el texto del TLCAN, sino en el derecho internacional general. De ahí que debemos tener claro que si existe un problema de indefinición respecto a dichos términos, éste no es exclusivo del régimen legal derivado del Capítulo 11, sino que atañe al derecho internacional en su conjunto. Tampoco debe olvidarse que las controversias respecto a la aplicación del artículo 1110, no son el único foro en donde se discuten las ambigüedades de las reglas en materia de expropiación, sino

²⁵² Nota *supra* 237, ¶ 203.

²⁵³ En lo sucesivo utilizaremos el término expropiación para referirnos indistintamente a la expropiación directa o indirecta, a la nacionalización y a las medidas equivalentes a expropiación o nacionalización.

que se trata de un debate añejo y actualmente inconcluso, vigente tanto en cortes nacionales como internacionales.²⁵⁴

En segundo lugar, al igual que el artículo 1106 y a diferencia de los artículos 1102 y 1105, el artículo 1110 está redactado en forma negativa, esto es, como una prohibición. Sin embargo, el artículo 1110 posee una particularidad que lo hace distinto al artículo 1106 y a todas las demás disciplinas del Capítulo 11: el artículo 1110 no prohíbe la expropiación —no obstante su lenguaje—, sino que simplemente la regula. Esto es, a pesar de estar redactado como una prohibición, el artículo 1110 no prohíbe la expropiación, sino que simplemente señala que no podrá expropiarse a menos que se cumplan determinadas condiciones. En lenguaje llano y simple, lo que el artículo 1110 señala es que: cuando las Partes expropian, deben cumplir con ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra el de indemnizar al inversionista afectado. Lo anterior es vital para comprender el funcionamiento de esta disciplina.

Tratándose de las demás disciplinas del Capítulo 11 del TLCAN, el deber de compensar surge solamente cuando una de las Partes ha infringido alguna de tales disciplinas. Por el contrario, tratándose del artículo 1110, una Parte que lleva a cabo una expropiación debe compensar al inversionista afectado, a pesar de que la Parte no haya cometido violación alguna. En otras palabras, cuando una Parte expropia, así haya sido en cumplimiento de todos los requisitos que establece el artículo 1110, tiene el deber de pagar una compensación por dicho acto. En ese supuesto, no puede decirse que la Parte actuó ilegalmente, toda vez que el Capítulo 11 no prohíbe la expropiación.

Ahora bien ¿cuándo puede entonces decirse transgredido el artículo 1110? Cuando habiendo realizado una expropiación, la Parte incumple alguno de los requisitos establecidos en los incisos del 'a' al 'd' del artículo 1110(1) o en los párrafos del 2 al 6 del artículo 1110.

²⁵⁴ Por esta razón Daniel M. Price afirma correctamente que "los casos que se han presentado —refiriéndose a las controversias conforme al Capítulo 11— y las cuestiones que han surgido, realmente no emergen en una pizarra en blanco. Hay un rico cuerpo de jurisprudencia derivado del Tribunal de Quejas Irán-EE.UU., de la práctica de los tribunales de solución de controversias en los comienzos de este siglo, así como de los tribunales arbitrales *ad hoc*, que versan sobre las cuestiones relativas a expropiación [...]" nota *supra* 34, p. 7.

La tercera cosa que debe tenerse muy clara por lo tanto, es que los requisitos que establecen los incisos 'a' al 'd' del primer párrafo del artículo 1110 y los párrafos 2 al 6 del mismo precepto, no son elementos de existencia del acto expropiatorio, sino meramente de legalidad; es decir, la ausencia de alguno de ellos no determina la existencia (o inexistencia) del acto expropiatorio, sino simplemente su legalidad o ilegalidad.

Esto tiene la mayor importancia. Sólo surge la necesidad de cumplir con tales requisitos cuando existe la certeza de que una de las Partes llevó a cabo una expropiación. No debe caerse por lo tanto, en el frecuente error de pensar que la medida de alguna de las Partes posee el carácter de una expropiación, únicamente cuando se deja de observar uno o más de tales requisitos.²⁵⁵ Como lo señalan adecuadamente Howard Mann y Konrad Von Moltke, al evaluar la conducta concreta de las Partes con relación al artículo 1110, la primera pregunta que debemos hacernos es: ¿la medida de la Parte constituye una expropiación?; mientras que la segunda debe ser: si la medida es una expropiación ¿cumple con los requisitos del artículo 1110?²⁵⁶

El presente capítulo pretende concentrarse en la primera de estas preguntas, es decir, en la determinación de cuándo una medida de las Partes puede considerarse una expropiación. Ahora bien, esta pregunta cobra relevancia solamente tratándose de expropiaciones indirectas o medidas equivalentes a expropiación, esto es, con relación a todas aquellas medidas que, no obstante el hecho de no revestir expresamente la forma de una expropiación, tienen el efecto de privar al inversionista de la totalidad o de una parte de sus derechos de propiedad. En esta categoría se ubican las expropiaciones regulatorias o

²⁵⁵ Incluso muchos destacados abogados incurrir en este error y sostienen que una medida tendiente a satisfacer una causa de utilidad pública, no discriminatoria y apegada al principio de legalidad y al artículo 1105(1) no constituye una expropiación. Lo cierto es que la redacción del artículo 1110 sugiere todo lo contrario, al igual que la experiencia en derecho internacional relativa a la aplicación de disposiciones similares. De acuerdo al derecho internacional, en algunos casos como el de la expropiación, un Estado puede ser responsable de pagar una compensación a pesar de que su conducta obedezca un fin público, no sea discriminatoria y se apegue a los principios del derecho internacional. Los profesores Howard Mann y Konrad Von Moltke claramente arriban a esta conclusión basados en el análisis realizado por el prestigioso árbitro internacional George Aldrich y señalan que "incluso si una medida tiene un propósito público válido, una compensación es aún requerida si la medida puede ser definida como expropiación indirecta o equivalente a expropiación." Nota *supra* 1, p. 39.

²⁵⁶ *Id.* p. 38.

expropiaciones por molestia, que consisten en aquellos actos del Estado que, sin privar al inversionista de la titularidad sobre su inversión, regulan el uso que éste hace de ella, de forma tal que el efecto de dichos actos equivale a la privación de la titularidad del inversionista sobre la totalidad o una parte de su inversión.

Es claro que un sin número de medidas ambientales de las Partes pueden por lo tanto ser consideradas expropiaciones indirectas o medidas equivalentes a expropiación. Por lo tanto, detallando aún más el objetivo de este capítulo, la pregunta que buscamos responder es: ¿cuándo una medida regulatoria ambiental de las Partes puede ser considerada una expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación en los términos del artículo 1110 del TLCAN?

Para responder esta pregunta no acudiremos a fuentes externas al Capítulo 11. Esto significa, que no pretendemos elaborar una respuesta válida en derecho internacional general para esta interrogante. Más bien deseamos analizar las contribuciones que se han hecho a este respecto en el marco de las controversias conforme al Capítulo 11.

Al finalizar este Capítulo pretendemos haber demostrado que:

1. Los tribunales, las Partes y los inversionistas han adoptado una gran variedad de criterios para responder la pregunta materia de este capítulo;
2. Las respuestas ofrecidas por estas tres instancias lejos de generar certidumbre a este respecto, inducen a confusión;
3. Que los tribunales al resolver sobre las quejas relativas al artículo 1110 del TLCAN, deciden en primer lugar a quién, en su opinión, asiste la "justicia" y con base en esa decisión resuelven cómo interpretar el contenido de dicho precepto. En otras palabras, los tribunales no deciden con base en el derecho, sino en la equidad.
4. Las medidas regulatorias, generales, no discriminatorias de las Partes pueden ser consideradas expropiatorias

Si bien podemos afirmar que existe un criterio prácticamente unánime entre las Partes, los inversionistas y los tribunales, en el sentido de que las medidas regulatorias pueden constituir actos expropiatorios, por otro lado debemos señalar que en el marco de las controversias conforme al Capítulo 11, este punto no ha estado exento de la discusión.

En el caso *Pope & Talbot* por ejemplo, Canadá sostuvo que:

*[...] bajo el derecho internacional un Estado no está obligado a compensar a una inversión por cualquier pérdida derivada de la imposición de una medida regulatoria, no discriminatoria.*²⁵⁷

No obstante esta afirmación categórica, el resto de la argumentación del gobierno de Canadá aceptó tácitamente que la interferencia con derechos de propiedad derivada de la adopción de medidas regulatorias de las Partes, podía llegar a constituir efectivamente constituir un acto expropiatorio.²⁵⁸

Por su parte, el tribunal al pronunciarse sobre esta cuestión sostuvo que:

*[...] muchas expropiaciones subrepticias pueden llevarse a cabo a través de regulación y una excepción incondicionada para las medidas regulatorias crearía un vacío en la protección internacional en contra de la expropiación. Por esta razón, el Tribunal rechaza el argumento de Canadá de que el Régimen de Control de Exportaciones, como una medida regulatoria, esté más allá del ámbito de aplicación del artículo 1110 (énfasis añadido).*²⁵⁹

Más adelante el mismo tribunal añadió:

*[...] el alcance de dicho artículo [refiriéndose al artículo 1110] cubre regulación no discriminatoria que puede ser considerada dentro del ejercicio de las llamadas facultades de policía de un Estado (énfasis añadido).*²⁶⁰

²⁵⁷ Nota *supra* 45 (Laudo Provisional sobre el Fondo), ¶ 90.

²⁵⁸ *Id.* ¶ 88.

²⁵⁹ *Id.* ¶ 99.

²⁶⁰ *Id.* ¶ 97.

En el mismo sentido, sólo que con alguna precisión de probabilidad, el tribunal en el caso *S.D. Myers* señaló:

*El cuerpo general de precedentes usualmente no trata a la acción regulatoria como equivalente a una expropiación. La conducta regulatoria de las autoridades públicas difícilmente puede ser sujeta a una queja legítima bajo el artículo 1110 del TLCAN, no obstante el tribunal no descarta esa posibilidad.*²⁶¹

En este mismo caso, el Dr. Schwartz coincidió en el fondo con sus colegas en panel arbitral sólo que, a diferencia de éstos, consideró que la caracterización de la acción regulatoria las Partes como medidas expropiatorias no era en lo absoluto poco frecuente.²⁶²

Finalmente, el juez Tysoe al decidir sobre la apelación del laudo arbitral en el caso *Metalclad* observó:

*El Tribunal dio una definición extremadamente amplia de expropiación para los efectos del artículo 1110 [...] Esta definición es suficientemente amplia para incluir la re zonificación legítima de la propiedad realizada por el municipio o por otras autoridades de ordenamiento territorial. Sin embargo, la definición de expropiación es una cuestión de derecho con la cual esta Corte no está facultada a interferir bajo la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (énfasis añadido).*²⁶³

Consideramos innecesario citar aquí la postura de los inversionistas, toda vez que éstos, por su puesto, han sostenido que las medidas regulatorias pueden constituir expropiaciones, ya basados en la teoría de que la expresión “medida equivalente a la expropiación” del artículo 1110 establece un nivel de protección superior al que reconoce la costumbre internacional,²⁶⁴ o bien, argumentando que la costumbre internacional acepta ya, plenamente, la posibilidad de que la interferencia con derechos de propiedad derivada de regulación equivalga a un acto expropiatorio.

²⁶¹ Nota *supra* 119, ¶ 281. Por adecuarse mejor a la redacción de este pasaje, empleamos la expresión “difícilmente” para traducir el término “unlikely” usado originalmente por el tribunal.

²⁶² Véase nota *supra* 237, ¶ 207. En efecto, textualmente el Dr. Schwartz afirmó: “[...] en la vasta corriente de casos, la conducta regulatoria de las autoridades públicas no está remotamente sujeta a reclamaciones legítimas bajo el artículo 1110.”

²⁶³ Nota *supra* 175, ¶ 99.

²⁶⁴ Nota *supra* 45 (Laudo Preliminar sobre el Fondo), ¶ 94.

Desde nuestro punto de vista, resulta difícil sostener que las Partes al diseñar el artículo 1110 no pretendían que las medidas regulatorias pudieran ser consideradas expropiatorias, cuando en dicho precepto emplearon el término “medida”, cuya definición según el artículo 201(1) del TLCAN comprende, como hemos mencionado ya, “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.”

No puede soslayarse tampoco que el artículo 1110(8) señala:

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

Creemos que esta excepción expresa tiene el efecto de implicar que el resto de las medidas no discriminatorias de aplicación general son, al menos, susceptibles de constituir actos expropiatorios.

¿Esto significa entonces que toda medida cuyo efecto sea el de interferir con el uso de un derecho de propiedad debe considerarse un acto expropiatorio y requerir por lo tanto del pago de una compensación? El propio artículo 1110 no es de mucha utilidad para resolver esta cuestión; salvo por la excepción que acabamos de referir y por la contenida en el párrafo 7, relativa a derechos de propiedad intelectual, ni el artículo 1110 ni el Capítulo 11 en realidad, incluyen alguna otra exclusión expresa.²⁶⁵

Desde nuestro punto de vista, podemos decir que una medida regulatoria equivale a una expropiación cuando dicha medida tiene un “efecto expropiatorio”. Por redundante que

²⁶⁵ Ni el artículo 1101(4) o el artículo 1114 sirven para afirmar que ciertas medidas generales encaminadas a proteger el bien público están exentas de ser consideradas expropiatorias. En realidad estas dos disposiciones no hacen otra cosa mas que decir que las Partes podrán adoptar medidas relativas a la readaptación social, pensiones o seguros de desempleo, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, protección a la infancia o al ambiente, siempre que lo hagan de forma compatible con el Capítulo 11. El problema radica en que ‘ser compatibles con el Capítulo 11’ puede significar que las Partes deban pagar una compensación a los inversionistas afectados por tales medidas.

pueda parecer esta afirmación, es necesario partir del entendido de que lo que buscamos es determinar cuál es el contenido de ese “efecto expropiatorio”.

Todas las voces que se han manifestado en el marco de las controversias conforme al Capítulo 11, coinciden al menos en que el elemento primigenio de este “efecto expropiatorio” es la interferencia con el uso de derechos relativos a la propiedad. Ahora bien, la gran mayoría coincide expresa o tácitamente, en que la mera interferencia no constituye por sí misma el contenido completo del “efecto expropiatorio”. Es por esta razón que para distinguir a la especie “medida regulatoria equivalente a expropiación”, del género “medida regulatoria”, los tribunales, las Partes y los inversionistas han buscado calificar dicha interferencia. A continuación analizaremos en qué consisten estas calificaciones, no sin advertir que para los efectos de este capítulo han sido clasificadas, lo que no significa que sus postulantes hayan empleado exclusivamente una de ellas. Por el contrario, frecuentemente fueron usadas unas y otras de forma contradictoria o complementaria.

A. Interferencia en Grado

La primera calificación que podemos señalar es la relativa al “grado”; esto es, aquella que hace radicar la diferencia entre una medida regulatoria no compensable y una expropiación, en la “gravedad” de la interferencia.

En el caso *Pope & Talbot*, el inversionista sostuvo que la expresión “medida equivalente a la expropiación” comprende:

[...] incluso medidas no discriminatorias de aplicación general que tienen el efecto de interferir sustancialmente con la inversión de un inversionista de una de las Partes del TLCAN (énfasis añadido).²⁶⁶

El tribunal en ese caso, adoptó la misma postura y señaló:

²⁶⁶ Nota *supra* 45 (Laudo Provisional sobre el Fondo), ¶ 86.

[...] el umbral radica en si la *interferencia es suficientemente restrictiva para soportar la conclusión de que el dueño ha sido 'privado' de su propiedad. De ahí que, el Proyecto de Harvard [refiriéndose al Borrador de Convención sobre Responsabilidad de los Estados por Daños a los Extranjeros] identifica este umbral requiriendo una interferencia que 'justificaría la inferencia de que el dueño *** no será capaz de usar, disfrutar o disponer de su propiedad...' El Restatement, al enfrentar la cuestión sobre si disposiciones regulatorias pueden ser consideradas expropiación, habla de 'la acción que es confiscatoria o que impide, irracionalmente interfiere con, o indebidamente retrasa el goce de la propiedad de un extranjero'. En efecto, en las audiencias, el abogado del Inversionista correctamente aceptó que, bajo el derecho internacional, la expropiación requiere de una 'privación sustancial'. El Régimen de Control de Exportaciones no ha restringido la Inversión de forma que cumpla estos estándares (énfasis añadido).*²⁶⁷

El tribunal señaló además:

[...] el Tribunal no cree que la frase '*medida equivalente a la nacionalización o expropiación [sic]*' en el artículo 1110 amplíe el concepto ordinario de expropiación bajo el derecho internacional para requerir compensación por las medidas que afectan los derechos de propiedad sin consideración a la magnitud o gravedad de dicho efecto (énfasis añadido).²⁶⁸

Con base en estos razonamientos el tribunal concluyó:

[...] el Tribunal no cree que esas medidas regulatorias [refiriéndose a las medidas adoptadas por Canadá] constituyan una interferencia con las actividades empresariales de la Inversión *suficientemente sustancial* como para ser caracterizada como una expropiación bajo el derecho internacional.²⁶⁹

En este mismo sentido, el Dr. Schwartz en su opinión separada en el caso S.D.

Myers apuntó:

*Las expropiaciones tienden a ser privaciones graves a los derechos de propiedad; las regulaciones tienden a implicar una interferencia mucho menor.*²⁷⁰

²⁶⁷ Nota supra 45 (Laudo Provisional sobre el Fondo), ¶ 102.

²⁶⁸ Id. ¶ 97.

²⁶⁹ Id. ¶ 97.

²⁷⁰ Nota supra 237, ¶ 211.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien, ¿en qué consiste la gravedad de una interferencia? Al parecer, no existe una respuesta general y definitiva para esta pregunta; pero para darnos una idea observemos el siguiente pasaje del laudo provisional en el caso *Pope & Talbot*:

*La única 'privación' que el Inversionista ha identificado es la interferencia con la capacidad de la Inversión para llevar a cabo su negocio de exportación de madera hacia los EE.UU. Mientras que esta interferencia ha, de acuerdo al Inversionista, resultado en la reducción de las ganancias de la Inversión, ésta continúa exportando cantidades sustanciales de madera hacia los EE.UU. y recibiendo ganancias sustanciales por esas ventas.*²⁷¹

Veamos, el tribunal como detallaremos más adelante, reconoció que el acceso al mercado de los EE.UU. constituía una inversión bajo el Capítulo 11. Más aún, el mismo tribunal reconoció que el efecto de las medidas de Canadá fue el de interferir con ese derecho. Sin embargo, esto no fue suficiente para que el tribunal considerara expropiada una inversión, bajo el argumento de que las ganancias de la empresa seguían siendo sustanciales. Esto es, la "gravedad" de la interferencia de una medida, según el tribunal en el caso *Pope & Talbot*, debe medirse no con relación al derecho afectado –en este caso el acceso a un mercado determinado– sino con base en la "lucratividad" del negocio afectado, después de adoptada la medida.

Esta postura basada en el grado de la interferencia, ha sido objeto de crítica en el caso *Robert Azinian*, en donde el inversionista del mismo nombre, junto con otros ciudadanos de los EE.UU., sostuvieron que la rescisión de una concesión para gestionar los residuos municipales en Naucalpan y la posterior confirmación de esta medida por los tribunales mexicanos, constituían actos expropiatorios. En esa ocasión, el tribunal señaló:

Las expresiones 'confiscatorio', 'destrucción de derechos contractuales como un bien', o 'repudiación' pueden servir como medio para describir violaciones que deben ser consideradas como extraordinarias y por lo tanto, como actos de expropiación, pero ellas ciertamente no indican sobre qué bases debe hacerse la crítica distinción entre una expropiación y una violación ordinaria a un contrato. La gravedad de cualquier violación

²⁷¹ Nota supra 45 (Laudo Provisional sobre el Fondo), ¶ 101.

*depende de la óptica del afectado – y esto no es satisfactorio para los efectos de esta decisión (énfasis añadido).*²⁷²

Ahora bien, recientemente, el tribunal en el caso *Marvin Feldman* fijó una postura que parece sugiere que el grado en el que los derechos de propiedad son afectados, no arroja mucha luz para evaluar si ha existido o no una expropiación. En su laudo sobre el fondo el tribunal señaló:

*[...] no toda la actividad regulatoria gubernamental que hace difícil o imposible para ciertos inversionista llevar a cabo un negocio en particular o un cambio en el la ley o en la aplicación de las leyes existentes que hace económicamente inviable continuar con un negocio en específico, es una expropiación en los términos del artículo 1110. Los gobiernos, en el ejercicio de sus facultades regulatorias, frecuentemente modifican sus leyes y reglamentos en respuesta a circunstancias económicas cambiantes o a consideraciones políticas, económicas o sociales. Esos cambios bien pueden volver ciertas actividades menos lucrativas o incluso económicamente inviables (énfasis añadido).*²⁷³

B. Interferencia con Derechos Específicos

Una segunda calificación de la interferencia radica en el tipo de derechos que pueden ser afectados; es decir, una interferencia debe ser juzgada como expropiatoria cuando afecta ciertos derechos en particular. Así, el inversionista en el caso *Pope & Talbot* sostuvo que el artículo 1110:

*[...] provee la protección más amplia para las inversiones de inversionistas extranjeros, quienes pueden sufrir daños al ser privados de sus derechos fundamentales de inversión (énfasis añadido);*²⁷⁴

Igualmente, Canadá afirmó en su defensa, que el derecho internacional requiere una interferencia real con derechos **fundamentales** de propiedad (énfasis añadido)" y que la

²⁷² Robert Azinian v. los Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/97/2, ¶ 90 (Nov. 1º, 2002) (Laudo sobre el Fondo) (per curiam).

²⁷³ Nota *supra* 131, ¶ 112.

²⁷⁴ Nota *supra* 45 (Laudo Provisional sobre el Fondo), ¶ 83.

"mera interferencia no es una expropiación; sino que se requiere de un grado significativo de privación de los derechos fundamentales de propiedad (énfasis añadido)."²⁷⁵

Esta postura transfiere entonces la discusión a la determinación de cuáles son los derechos fundamentales de propiedad o de inversión. En este caso por ejemplo, mientras que para el inversionista tales derechos incluyen cualquier "beneficio derivado del derecho propiedad",²⁷⁶ incluyendo la habilidad de acceder a un mercado determinado,²⁷⁷ para Canadá, el ingreso del inversionista al mercado de los EE.UU., no era un derecho susceptible de ser expropiado.²⁷⁸

Sobre este punto en particular –cabe señalar– el tribunal para este caso, resolvió que, en efecto, el acceso al mercado de los EE.UU. era un derecho expropiable ya que, según el propio tribunal: "los intereses que verdaderamente est[aban] en juego [eran] los activos de la inversión, cuyo valor depende sustancialmente de sus exportaciones."²⁷⁹

C. Interferencia Ilegal

Una calificación más consiste en asociar la interferencia sobre la propiedad del inversionista con alguna ilegalidad derivada de una violación a una norma, ya sea ésta de derecho interno o de derecho internacional. Por ejemplo, en el caso *Metalclad*, el tribunal sostuvo que:

Al permitir o tolerar la conducta del Municipio de Guadalcázar con relación a Metalclad, hecho que el tribunal ha calificado ya como un trato injusto e inequitativo en violación del artículo 1105, y por lo tanto, al participar o aquiescer en la negativa del derecho de Metalclad a operar el confinamiento, a pesar del hecho de que el proyecto estaba completamente aprobado y avalado por el gobierno federal, México debe ser considerado como responsable de haber adoptado una medida equivalente a expropiación en violación del artículo 1110(1) (énfasis añadido).²⁸⁰

²⁷⁵ *Id.* ¶ 88.

²⁷⁶ *Id.* ¶ 83.

²⁷⁷ Nota *supra* 45 (Laudo Preliminar sobre el Fondo), ¶ 81.

²⁷⁸ Nota *supra* 45 (Laudo Provisional sobre el Fondo), ¶ 87.

²⁷⁹ Nota *supra* 45 (Laudo Provisional sobre el Fondo), ¶ 98.

²⁸⁰ Nota *supra* 73, ¶ 104.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Más adelante el tribunal abundó de la siguiente manera:

[...] la negativa por parte del Municipio del permiso de construcción sin ninguna base relativa a la construcción física propuesta o a algún defecto en el sitio, y confirmada por acciones administrativas y judiciales subsecuentes con relación al Convenio, efectiva e ilegalmente impidieron al Demandante la operación del confinamiento.

Estas medidas junto con las declaraciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad confió, y la ausencia de una razón puntual, ordenada y sustancial para la negativa del Municipio a extender el permiso de construcción, equivalen a una expropiación indirecta (énfasis añadido).²⁸¹

Como podemos observar, el tribunal concluye que la interferencia con el supuesto derecho de Metalclad para operar su confinamiento equivalía a una expropiación, basado en la asociación que hace de dicha interferencia con dos ilegalidades: la primera, relativa a la falta de sustento legal y técnico para que el municipio negara la licencia de construcción en violación del derecho mexicano; y la segunda, cometida por el gobierno federal, al tolerar esta circunstancia en violación del deber de transparencia de México, aplicable a esta controversia a través del artículo 1105.

Esta postura tiene varios y severos inconvenientes. El principal consiste en que, aplicando el razonamiento ofrecido por el tribunal, prácticamente toda violación al artículo 1105 o a cualquier otra disposición del Capítulo 11 o incluso del derecho interno de las Partes, implicaría necesariamente una violación al artículo 1110.²⁸² Consecuentemente, esta postura convierte al artículo 1110 en un simple apéndice del resto de las normas de derecho internacional o nacional, cuya única finalidad sería la de hacer aplicable a las violaciones de tales normas, el método de evaluación de la compensación establecido en el artículo

²⁸¹ Nota *supra* 73, ¶¶ 106 & 107.

²⁸² Para que exista una expropiación bajo los estándares propuestos por el tribunal en el caso *Metalclad*, debe haber simplemente una interferencia con un derecho de propiedad junto con una ilegalidad cualquiera que ésta sea. Toda vez que prácticamente toda violación a una disposición legal implica directa o indirectamente una afectación a un derecho relativo a la propiedad, cada ilegalidad cometida por una Parte equivaldría a una expropiación y daría acceso al Capítulo 11, como mecanismo para la solución de la controversia que con ese motivo se suscite.

1110; lo que de acuerdo a la opinión de los expertos, claramente no fue la intención de las Partes.²⁸³

Por otro lado, el tribunal en el caso *Robert Azinian*, elaboró un argumento al que podríamos calificar de “evasivo” para llegar a la conclusión de que la rescisión de una concesión para la recolección y confinamiento de los residuos municipales de Naucalpan, en perjuicio de la empresa Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V., propiedad del Sr. Robert Azinian y de otros inversionistas estadounidenses, no constituía una expropiación en los términos del artículo 1110 del TLCAN. En esa ocasión los árbitros resolvieron lo siguiente:

*[...] los demandantes no contendieron ni probaron que los estándares mexicanos para la anulación de una concesión transgredan las obligaciones de México bajo el Capítulo Once; ni que la ley mexicana aplicable a tales anulaciones sea expropiatoria.*²⁸⁴

[...] resulta evidente que para que prospere la reclamación de los demandantes no es suficiente que el Tribunal Arbitral esté en desacuerdo con la determinación del Ayuntamiento. Una autoridad gubernamental no puede ser culpada por actuar de una manera validada por sus cortes a menos que las cortes mismas hayan violado el derecho internacional (las negritas en cursivas en el original).²⁸⁵

Incluso si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que las cortes mexicanas estaban equivocadas con respecto a la invalidez del Contrato de Concesión, esto por sí mismo no sería definitivo respecto a una violación al TLCAN. Se requiere más que eso; los Demandantes deben demostrar o bien una denegación de justicia o una simulación para alcanzar un fin ilegal bajo el derecho internacional (énfasis añadido).²⁸⁶

²⁸³ El Dr. Schwartz por ejemplo, señaló: “Como mencionamos anteriormente, el artículo 1110 es la única disposición protectora de la inversión en el Capítulo 11 (Inversión) que incluye una fórmula precisa para evaluar los daños. Esa fórmula en muchas situaciones puede no ser una guía justa o conveniente para evaluar los daños. Al colocar una fórmula específica dentro del artículo 1110, desde mi punto de vista, los diseñadores del TLCAN indicaron que su intención era que dicha fórmula aplicara a un tipo de afectación económica en particular y que no debe ser extendida a través de maniobras de interpretación agresivas e indebidas.” Nota *supra* 237, ¶ 216.

²⁸⁴ Nota *supra* 272, ¶ 96.

²⁸⁵ *Id.* ¶ 97.

²⁸⁶ *Id.* ¶ 99.

[...] *si no hay una reclamación en contra de una determinación de la corte competente respecto a que un contrato gobernado por las leyes mexicanas es inválido bajo el derecho mexicano, entonces no hay, por definición, un contrato que pueda ser expropiado.*²⁸⁷

Debemos recordar que la rescisión de la concesión decretada por el gobierno municipal de Naucalpan, fue más tarde validada tanto por el poder judicial local como por el federal. El tribunal sostuvo que para que la rescisión pudiera ser considerada una medida equivalente a la expropiación era necesario que los demandantes probaran la existencia de una denegación de justicia por parte de los tribunales mexicanos. El panel consideró, a diferencia del tribunal en el caso *Metalclad*, que las violaciones al derecho interno eran irrelevantes y que, aunque el tribunal concluyera que éstas efectivamente habían ocurrido, en nada afectaban la calificación de las medidas como expropiatorias. En otras palabras, el tribunal hizo depender la calificación de la rescisión de una concesión como un acto expropiatorio, de la existencia de una violación al derecho internacional cometida por las cortes que avalaron tal rescisión. La pregunta aquí es ¿qué hubiera sucedido si los demandantes no hubieran acudido primero a las cortes mexicanas para tratar de solucionar esta controversia? ¿Bajo qué argumento hubiera rechazado entonces el tribunal la reclamación de los demandantes, tomando en cuenta que el Capítulo 11 no exige el agotamiento de los recursos locales como prerequisite para acceder al procedimiento arbitral contenido en él? Desde nuestro punto de vista, el razonamiento del tribunal evadió la discusión sobre si la rescisión de la concesión por parte del municipio de Naucalpan constituía por sí misma una expropiación y con ello, convirtió un caso basado en el artículo 1110, en uno relativo al artículo 1105. Ahora bien, lo que resulta relevante para los efectos de este capítulo, es que el tribunal identificó el contenido del “efecto expropiatorio” con una interferencia a los derechos de propiedad más una trasgresión al derecho internacional.

Finalmente, debemos señalar que para el tribunal en el caso *Marvin Feldman*, la ilegalidad de la medida no otorga a ésta, por sí misma, la calidad de expropiatoria. En su oportunidad los árbitros señalaron:

²⁸⁷ *Id.* ¶ 100

[...] Incluso asumiendo, arguyendo, que las acciones de la Demandada en su conjunto constituyen una denegación de trato justo y equitativo que alcanza relativamente el nivel de violación flagrante del derecho internacional, esto por sí mismo no determina la existencia de una expropiación ilegal bajo el artículo 1110.²⁸⁸

D. Interferencia Injusta

Una postura similar a la anterior, sólo que basada en la injusticia de la interferencia y no en la ilegalidad de ésta, sostiene que la interferencia debe ser injusta, irracional o inesperada.

Por ejemplo, el Dr. Schwartz emplea la figura del enriquecimiento injusto para establecer la distinción entre las medidas regulatorias no compensables y aquellas que se equiparan a la expropiación. Al respecto señaló: “[I]as expropiaciones tienden a privar al dueño y a enriquecer –en una cantidad equivalente– a la autoridad pública o a un tercero a quien la propiedad fue entregada.”²⁸⁹ El tribunal concluye por lo tanto, que en una expropiación “hay tanto una privación como un enriquecimiento injustos”,²⁹⁰ y continúa diciendo:

*En contraste, la acción regulatoria tiende a evitar que el dueño use su propiedad de forma tal que injustamente lo enriquezca. Por ejemplo, la operación de una maquiladora sin regulación puede ser más lucrativa al no reducir la cantidad de contaminantes que envía a la sociedad. El gobierno que impone la regulación no necesariamente lucra con su intervención; en efecto, puede ser gravoso tanto emitir como administrar la regulación.*²⁹¹

*Las expropiaciones sin compensación tienden a frustrar las expectativas razonables del dueño con respecto a lo que a él le pertenece conforme a derecho y la justicia. La regulación es algo que el dueño tiene que esperar razonablemente. Normalmente no implica una sorpresa injusta (énfasis añadido).*²⁹²

²⁸⁸ Nota supra 131, ¶ 141.

²⁸⁹ Nota supra 237, ¶ 212.

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.* ¶ 213.

Sin embargo, al igual que lo hizo con relación a los estándares basados en el "grado" e "ilegalidad" de interferencia, el tribunal en el caso *Marvin Feldman* parece haber considerado que la "razonabilidad" de las expectativas del inversionista no es un elemento definitorio para determinar la existencia de una expropiación. Observemos:

*Aquí, es innegable que el Demandante ha experimentado grandes dificultades al lidiar con los funcionarios de la SHCP; y en algunos aspectos ha sido tratado en una forma menos que razonable, pero dicho tratamiento en las circunstancias de este caso no se eleva hasta el grado de constituir una violación al artículo 1110. Desafortunadamente, las autoridades tributarias en la mayoría de los países no siempre actúan de una forma consistente y predecible (énfasis añadido).*²⁹³

Más adelante, el mismo tribunal, discrepando de decisión del panel en el caso *Metalclad*, admitió que la transparencia de los actos del gobierno mexicano era cuestionable y, sin embargo, apuntó: "es dudoso que la falta de transparencia por sí misma se eleve al nivel de una violación del TLCAN y del derecho internacional, particularmente dadas las complejidades no sólo de la ley mexicana sino del resto de las legislaciones fiscales."²⁹⁴

Finalmente, el tribunal en el caso *Marvin Feldman*, a pesar de concluir que las acciones de México habían sido "inconsistentes y arbitrarias", decidió que éstas no debían considerarse como expropiatorias.²⁹⁵

E. Interferencia Duradera

Una calificación más para la interferencia con derechos de propiedad que debe ser considerada como expropiatoria, se refiere a su temporalidad. En el caso *S.D. Mayers*, el tribunal definió al acto expropiatorio como: la "remoción **duradera** de la capacidad del titular de hacer uso de sus derechos económicos (énfasis añadido)."²⁹⁶

²⁹³ Nota *supra* 131, ¶ 113.

²⁹⁴ *Id.* ¶ 133.

²⁹⁵ *Id.* ¶ 143.

²⁹⁶ Nota *supra* 119, ¶ 283.

Con base en esta definición, el tribunal determinó que la prohibición para exportar BPC's hacia los EE.UU. impuesta por Canadá, no equivalía a una expropiación debido a que ésta tuvo efectos sólo durante 16 meses, aproximadamente.²⁹⁷ En efecto, el tribunal resolvió:

En este caso el cierre de la frontera fue temporal. La incursión de SDMI al mercado canadiense fue pospuesta por aproximadamente ocho meses. El Sr. Dana Mayers testificó que este retraso tuvo el efecto de eliminar la ventaja comparativa de SDMI. Esto puede tener significancia al evaluar el monto de la compensación a otorgarse con relación a las violaciones de Canadá a los artículos 1102 y 1105, pero esto no sostiene la afirmación basada en los hechos de este caso de que la medida debe ser caracterizada como una expropiación en los términos del artículo 1110.²⁹⁸

[...] la Orden Provisional y la Orden Final fueron diseñadas, y así sucedió en los hechos, para frenar la iniciativa de SDMI, pero sólo por un tiempo. Canadá no obtuvo ningún beneficio de la medida. La evidencia no demuestra la transferencia de propiedad o de un beneficio directo para terceros. Una oportunidad fue retrasada.

El tribunal concluye que este no es un caso de 'expropiación' (énfasis añadido).²⁹⁹

Esta decisión es completamente equivocada desde nuestro punto de vista. El tribunal reconoce que la medida de Canadá tuvo el efecto de eliminar una ventaja comparativa de la empresa, porque si bien la prohibición fue temporal, en realidad la destrucción de esa ventaja fue permanente. Más aún, el tribunal reconoce que la intención del gobierno canadiense fue precisamente privar al inversionista de esa ventaja. Partiendo del supuesto de que dicha ventaja sea un derecho expropiable en los términos del Capítulo 11 del TLCAN –supuesto que no fue controvertido por las partes ni desvirtuado por el tribunal–, nos resulta inexplicable cómo la temporalidad de la medida puede ser relevante para determinar si ésta equivalía a una expropiación o no.

²⁹⁷ De noviembre de 1995 a febrero de 1997.

²⁹⁸ Nota *supra* 119, ¶ 284.

²⁹⁹ *Id.* ¶¶ 287 y 288.

F. Interferencia Intencionada

Existen posturas que niegan categóricamente que la intención del Estado sea de algún modo relevante para determinar si una medida regulatoria debe ser considerada una expropiación. Así por ejemplo, en el caso *Metalclad*, el tribunal determinó:

[...] la expropiación bajo el TLCAN incluye no sólo las privaciones de propiedad abiertas, deliberadas y reconocidas, como la incautación lisa y llana o la transferencia formal y obligatoria del título de propiedad a favor del Estado receptor [...], sino también la interferencia encubierta o incidental con el uso de la propiedad cuyo efecto es el de privar al titular, en todo o en una parte significativa, del uso de un beneficio económico derivado de la propiedad que podía ser razonablemente esperado, incluso sin que necesariamente exista un beneficio evidente para el Estado receptor (énfasis añadido).³⁰⁰

Más adelante señaló también, que para determinar si la declaratoria de área natural protegida emitida por el gobierno de San Luis Potosí equivalía a una expropiación “no es necesario decidir o considerar la motivación o la intención en la adopción del Decreto Ecológico (énfasis añadido).”³⁰¹

Sin embargo, hay quienes afirman que además de una interferencia con derechos de propiedad, es necesario que exista una cierta “intención” por parte del Estado expropiante. Por ejemplo, el tribunal en el caso *S.D. Myers* concluyó que:

Un tribunal no debe detenerse por consideraciones técnicas o de forma para arribar a la conclusión de que una expropiación o de que una conducta equivalente a expropiación ha ocurrido. Debe atender a los verdaderos intereses involucrados y al propósito y efecto de la medida gubernamental (énfasis añadido).³⁰²

En el mismo sentido, el Dr. Schwartz resolvió:

³⁰⁰ Nota *supra* 73, ¶ 103.

³⁰¹ *Id.* ¶ 111.

³⁰² Nota *supra* 119, ¶ 285.

La frase 'equivalente a la expropiación' en el artículo 1110 exige a un tribunal sin embargo, observar seriamente si la conducta del gobierno implica en sustancia una expropiación. La protección ofrecida por el artículo 1110 no deja de aplicarse meramente porque una expropiación reviste una forma más inocua, o se materializa a través de medios indirectos o insidiosos. Debe considerarse el verdadero propósito o el verdadero impacto de la medida, no solamente las explicaciones oficiales ofrecidas por el gobierno o la envoltura técnica en la cual la medida está encubierta. La justificación que un gobierno ofrece para una medida puede no ser consistente con el motivo real o la intención detrás de ésta. Una medida aparentemente inocua, al ser examinada de cerca en los hechos, produce el tipo de privación que debe justamente ser considerada como una expropiación. Un gobierno puede proceder con un despliegue gradual de diversas medidas; sin que ninguna de ellas equivalga individualmente a una expropiación, pero el conjunto en su totalidad puede en ciertos casos equivaler en sustancia a una expropiación (énfasis añadido, lo subrayado en cursivas en el original).³⁰³

Esta postura plantea una interrogante: ¿qué tipo de intención de la Parte se requiere para convertir a una medida regulatoria en una expropiación? ¿Se refiere a la intención de privar al inversionista de un derecho? ¿O más bien se refiere a la intención de beneficiar a los inversionistas nacionales en perjuicio del inversionista extranjero?

Si al hablar de intención, aquellos que sostienen esta postura, se refieren al deseo de la Parte de favorecer indebidamente a sus nacionales, consideramos entonces que es equivocada y que distorsiona el fin que debe tener una disposición como el artículo 1110. Creemos que si un tribunal arriba a la conclusión de que una medida se aplica de forma diferenciada por razón de la nacionalidad de los inversionistas, entonces debe resolver que existe una violación al artículo 1102; sin embargo, dicha conclusión no sirve para determinar si ha existido una expropiación en los términos del artículo 1110, ya que la aplicabilidad de este último precepto depende de que, independiente de que exista una distinción basada en la nacionalidad, la medida tenga un efecto expropiatorio, cualquiera que éste sea. No debemos olvidar que, si bien el artículo 1110 establece que una expropiación no debe ser discriminatoria, dicho requisito sólo es aplicable cuando sabemos que una expropiación ha ocurrido.

³⁰³ Nota *supra* 237, ¶ 217.

Ahora bien, si al referirse a la intención del Estado se alude al deseo de privar al inversionista de un derecho, creemos entonces que la "intención" no es un estándar idóneo para establecer la diferencia entre las medidas regulatorias no compensables y las que equivalen a una expropiación. Imaginemos que un Estado desea construir una vialidad pública, para lo cual es necesario expropiar los predios sobre los cuales ésta deberá desarrollarse. En ese caso, la intención de privar a los propietarios es una intención mediata, ya que la intención última del Estado consiste en lograr la construcción de una vialidad para el beneficio colectivo. De cualquier modo, bajo prácticamente cualquier legislación del mundo, dicha medida generaría el deber de compensar a los afectados.

Pensemos ahora en el caso *Metalcald*. Asumiendo que la intención del gobierno al declarar la superficie del municipio de Guadalcázar como área natural protegida, era realmente la de proteger las especies de cactus que ahí se desarrollan y, asumiendo también, que el efecto de dicha declaratoria fue efectivamente el de impedir la operación del confinamiento ¿cómo puede la intención del Estado hacer una diferencia para saber si la medida equivalía o no a una expropiación? Bajo estas hipótesis finalmente, la intención última del Estado no era la de privar al inversionista, sino la de proteger una especie de cactus; pero al igual que en el caso de la construcción de una vialidad, el efecto fue impedir a un inversionista el uso de su propiedad. ¿Porque debería entonces compensarse al propietario en el ejemplo de la vialidad y no así en el caso del confinamiento, si en ambos supuestos la intención de privación era mediata toda vez que el fin último era la satisfacción de una necesidad colectiva?

Con base en lo anterior, podemos afirmar que en el marco de las controversias conforme al Capítulo 11, no existe una respuesta clara y precisa sobre dónde debe establecerse la frontera entre las medidas regulatorias no compensables y las medidas equivalentes a expropiación. Consecuentemente, debemos concluir que tales controversias no arrojan información suficiente para determinar con claridad, cuándo una medida regulatoria ambiental de las Partes puede ser considerada una expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación en los términos del artículo 1110 del TLCAN.

Como señalamos arriba, este puede ser un problema del derecho internacional en su conjunto. No obstante, a diferencia del Capítulo 11, el régimen de derecho internacional general no establece un procedimiento de solución de controversias obligatorio para los Estados. Con ello, queremos destacar que las posibilidades de que alguna de las Partes del TLCAN tenga que enfrentar una reclamación de un nacional de otra Parte, es infinitamente superior a la de que éstas tengan que responder por sus actos frente a un nacional de un tercer Estado. Por ello, la incertidumbre legal asociada al artículo 1110 cobra particular relevancia para estos tres países.

Nos llama poderosamente la atención el hecho de que las decisiones de los tribunales en esta materia, sean tan pobres en cuanto al derecho sobre el que basan. Salvo ciertas excepciones, los tribunales no mencionan una sola fuente de derecho internacional para emitir sus decisiones y cuando lo hacen, el análisis de cómo ese derecho es aplicable al caso concreto es sorprendentemente raquítico.³⁰⁴

Regularmente, los tribunales no ofrecen parámetros claros que puedan servir de guías, más o menos generales, para poder anticipar con cierta precisión, cuándo una medida regulatoria deberá ser compensada.

Del mismo modo, normalmente las decisiones de los tribunales se basan en criterios equívocos cuyo significado nunca se aclara (*i.e.* "sustancial", "derechos fundamentales", etc).

Las afirmaciones sobre el derecho aplicable son dispares y en algunos casos diametralmente opuestas entre un panel y otro. Por ejemplo, mientras que para el tribunal en el caso *Metalclad*, la intención de la Parte es completamente irrelevante, para los árbitros en el caso *S.D. Myers*, no sólo es un elemento a considerar sino que su análisis es exigido por el derecho internacional. Del mismo modo, mientras que para el tribunal en el caso

³⁰⁴ Tómese como ejemplo el caso *Metalclad*, en donde el tribunal, en escasos cuatro párrafos y sin hacer una sola referencia a una fuente de derecho internacional, decidió que una declaratoria de área natural protegida como la emitida por el gobierno de San Luis Potosí, debía considerarse como un acto expropiatorio y por lo tanto, generar el deber a cargo de México de compensar al inversionista afectado.

Metalclad, una violación al derecho interno es un punto toral para decidir sobre la calidad expropiatoria de una medida; para el panel en el caso *Robert Azinian* las violaciones al derecho interno son completamente intrascendentes. De igual forma, mientras que para los árbitros para el caso *Metalclad* una re zonificación de los usos de suelo constituye una expropiación, para los panelistas del caso *Marvin Feldman*, dicha medida administrativa es una acción legítima del Estado no indemnizable.³⁰⁵

Pero no sólo los laudos de los tribunales son inconsistentes uno respecto al otro, sino también con respecto a sí mismos. Mientras que en el caso *Metalclad* por ejemplo, el tribunal consideró relevante por un lado, la inexistencia de un fundamento legal o técnico para calificar a la negativa de la licencia de construcción como un acto expropiatorio; al mismo tiempo, resolvió que la declaratoria de área natural protegida equivalía a una expropiación, basado en la mera interferencia que ésta tuvo con los derechos de propiedad de la empresa.

Todo este galimatías de criterios genera necesariamente incertidumbre; lo que a su vez, como bien lo advirtió el Dr. Schwartz, impide o al menos inhibe la acción regulatoria de las Partes para proteger el ambiente.

Lo ciertos es que, desde nuestro punto de vista, lo que ha sucedido es que los tribunales deciden, con base en sus muy particulares percepciones de lo que es justo, quién debe resultar vencedor en las controversias que se les plantean y, con base en esa decisión, deciden cómo "interpretar" las disposiciones del Capítulo 11. La decisión del Dr. Schwartz nos da una idea clara de esto. En esa oportunidad, el Dr. Schwartz concluyó que: (i) la verdadera intención del gobierno de Canadá era privar a S.D. Myers de una ventaja comparativa con relación a sus competidores canadienses; (ii) que dicha ventaja había sido desarrollada por la empresa a través de muchos esfuerzos; (iii) que la medida privó además al inversionista de lo que comúnmente se conoce como el *goodwill*; y que (iii) la misma medida era además arbitraria y discriminatoria.³⁰⁶ Por ello señaló "un argumento razonable,

³⁰⁵ Nota *supra* 131, ¶ 103.

³⁰⁶ Nota *supra* 237, ¶¶ 218 & 219.

debe ser reconocido, puede hacerse con relación a la prohibición de exportación en este caso, para que ésta equivalga, en sustancia, a una expropiación³⁰⁷ No obstante, finalmente resolvió que:

*Dada la existencia de una gran variedad de otras disposiciones protectoras de la inversión que S.D. Myers puede y de hecho ha invocado en este caso, no hace ninguna diferencia práctica para S.D. Myers si la prohibición de exportar es etiquetada como una expropiación. Parece improbable que la cuantificación de los daños puede ser de algún modo mayor. Por otro lado, decidir que hubo una expropiación puede contribuir a la mala interpretación y ansiedad públicas respecto a esta decisión y a las amplias implicaciones del capítulo de inversión del TLCAN.*³⁰⁸

Esto, desde nuestro particular punto de vista, es un ejemplo claro de la enorme discrecionalidad de los árbitros, derivada de la gran incertidumbre que existe respecto al contenido de las obligaciones establecidas en el Capítulo 11 del TLCAN. Es incluso reprochable, que en un arbitraje internacional donde pueden ponerse bajo la lupa medidas ambientales de enorme trascendencia para el interés público, un árbitro resuelva que a pesar de que podría calificar una medida como expropiatoria, no desea hacerlo porque quiere evitar la "angustia" de los críticos del Capítulo 11. Pero más reprochable es que el esquema derivado del Capítulo 11 permita un campo tan grande para la discrecionalidad y el abuso.³⁰⁹

No debe olvidarse tampoco que esta circunstancia además de generar una enorme incertidumbre legal, constituye una violación al artículo 1131 del TLCAN, que establece que las controversias conforme al Capítulo 11, deberán resolverse conforme al propio TLCAN y a las "reglas aplicables del derecho internacional".³¹⁰

³⁰⁷ *Id.* ¶ 218.

³⁰⁸ *Id.* ¶ 222.

³⁰⁹ Otro ejemplo lo encontramos en el caso *Robert Azinian*, en donde el tribunal después de evadir la decisión sobre si la rescisión de una concesión podía constituir un acto expropiatorio, dedicó 21 párrafos del laudo a probar que no existió mala fe, arbitrariedad o malicia de parte de México y que, por el contrario, había evidencia suficiente para demostrar que los demandantes fraudulentamente indujeron a error a las autoridades municipales. Esto evidencia que la decisión del tribunal estuvo basada más que en el derecho, en la percepción de los árbitros respecto a lo que era justo. Nota *supra* 272, ¶¶ 103-124.

³¹⁰ "Artículo 1131. Derecho aplicable

"1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

Por todo lo anterior, debemos concluir que el artículo 1110 del TLCAN, tal y como se encuentra al día de hoy, representa una amenaza grave para la capacidad regulatoria de las Partes, con relación a la protección del ambiente.

"2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección." Nota *supra* 26.

Tercera Parte
Capítulo Único
Conclusiones

1. El comportamiento de la IED juega un papel fundamental en la consecución del desarrollo sustentable, sobre todo en aquellos países que dependen sustancialmente de esta fuente de capital;

2. Las normas internacionales en materia de inversión, incluyendo aquellas contenidas en el Capítulo 11 del TLCAN, han dejado de ser meras salvaguardas para evitar abusos contra la IED, para convertirse en instrumentos legales que los inversionistas emplean para frenar la acción regulatoria de los Estados receptores, cuando ésta les es adversa;

3. Como resultado de los arbitrajes conforme al Capítulo 11 del TLCAN, conocidos hasta la fecha, diversas medidas ambientales de las Partes han sido atacadas por los inversionistas afectados, provocando que en varios casos tales medidas hayan sido revocadas y/o hayan dado lugar a una compensación a favor de los inversionistas.

4. Esta circunstancia encuentra sus causas no sólo en las agresivas políticas de los inversionistas, sino en: (i) la vaguedad, amplitud y ambigüedad del lenguaje con el que están redactadas las disposiciones del Capítulo 11, incluyendo a los términos y expresiones como "medida", "inversionista", "circunstancias similares", "trato menos favorable", "trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas", "medidas equivalentes a expropiación", entre otras; y (ii) en las excesivamente discrecionales, poco fundamentadas, confusas y en muchas ocasiones equivocadas interpretaciones que han adoptado los tribunales constituidos conforme al Capítulo 11, respecto a las disposiciones contenidas en dicho capítulo;

5. Este estado de cosas tiene el efecto de encarecer e inhibir la actividad regulatoria de las Partes en beneficio del ambiente y otros bienes públicos; lo que amenaza sustancialmente la

implantación y mantenimiento de políticas sustentables en los tres países Partes del TLCAN;

6. Por todo lo anterior, es necesario revisar las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN, para reducir su ambigüedad y acotar la discrecionalidad de los árbitros, ya sea a través de una modificación al propio tratado; o bien, aunque de manera menos preferible, de una nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio.

ANEXO ÚNICO

Inversionista	Nacionalidad	Fecha	País	Monto	Disposiciones "Violadas"	Medida	Instancia Responsable	Estado
1. Halchette Distribution	MEX.	1995	MEX.	¿?		Actos u omisiones relacionados con una concesión aeroportuaria.		No prosiguió
2. Signa S.A. de C.V.	MEX.	1995	CAN.	¿?		Prohibición para fabricar un antibiótico generico.		No prosiguió
3. Ethyl Corp.	EE.UU.	1996 Sep 10	CAN.	250	1102 1106 1110	Prohibición para importar y comercializar interprovincialmente el aditivo para gasolina conocido como MMT (por sus siglas en inglés).		Resuelto mediante negociación de acuerdo a los intereses del inversionista
4. Metalclad Corp.	MEX.	1997	MEX.	90	1105 1110	Negativa de una licencia de construcción para un confinamiento de residuos peligrosos en Guadalucazar, S.L.P. y la declaratoria de una Área Natural Protegida en ese mismo municipio.		Resuelto unánimemente por el tribunal arbitral a favor del inversionista con relación a los artículos 1105 y 1110. Más tarde resuelto en apelación por la Suprema Corte de la

³¹¹ Fecha en que fue presentada la notificación de la intención de someter a arbitraje.

³¹² En millones de dolares de los Estados Unidos de América.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

							Columbia Británica a favor del inversionista únicamente en relación al artículo 1110
5. Robert Azinian <i>et al.</i>		1996 Dic 16	MEX.	19	1105 1110	La rescisión de una concesión para la gestión de los residuos municipales en Naucalpan, Edo. Mex., por parte del municipio y la subsiguiente confirmación de la rescisión por parte de los tribunales mexicanos.	Resuelto unánimemente por el tribunal arbitral a favor de la Parte
6. Marvin Roy Feldman Karpa		1996 Ene 6	MEX.	50	1105 1110	La modificación y aplicación de ciertas disposiciones fiscales cuyo efecto fue negar al inversionista la devolución del impuesto especial para productos y servicios por la compra masiva de cigarras para su exportación.	Resuelto por la mayoría del tribunal arbitral a favor del inversionista con relación al artículo 1102
7. Waste Management, Inc.		1996 Ene 1	MEX.	60	1105 1110	Supuesto incumplimiento de una concesión para la gestión de los residuos municipales en Acapulco, por parte del municipio y BANOBRAS, como institución pública de crédito.	Resuelto por la mayoría del tribunal arbitral, en fase preliminar a favor de la Parte
8. S.D. Myers, Inc.		1996 Jul 12	CAN.	20	1107 1109 1110 1111	Prohibición para exportar BPC's hacia los EE.UU.	Resuelto por la mayoría del tribunal arbitral a favor del

						inversionista en relación a los artículos 1102 y 1105. Apelación pendiente ante la Corte Federal de Canadá	
9. Loewen Group, Inc.	CAN.	1998	EE.UU.	725	1105	Decisión de un jurado en Mississippi relativa al pago de daños por el incumplimiento de un contrato privado; y la negativa del juez a reducir la fianza a pagar para poder acceder a la apelación.	Pendiente
10. Sun Belt Water, Inc.	CAN.	1998	CAN.	1,500 a 10,500	1105	La cancelación de una licencia para la exportación de agua potable; la posterior prohibición de dichas exportaciones; la negociación de la disputa con el socio canadiense, excluyendo al inversionista.	No prosiguió
11. Pop & Talbot, Inc.	CAN.	1998	CAN.	130	1105	El establecimiento de un sistema de cuotas para la importación de cierto tipo de madera desde ciertas provincias de Canadá hacia los EE.UU.	Resuelto unánimemente por el tribunal arbitral a favor del inversionista en relación al artículo 1105
12. Methanex Corp.	EE.UU.	1998	EE.UU.	970	1105	La prohibición para el uso del aditivo de gasolina conocido como MTBE (por sus siglas en inglés) en el	Pendiente

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

					Estado de California, EE.UU., a partir de: diciembre 31 de 2002.	
13. Mondeve International, Ltd.		EE.UU.	50		El supuesto incumplimiento de un contrato de desarrollo inmobiliario por parte del gobierno de Boston, Massachussets, EE.UU. y las subsquentes decisiones de los tribunales de dicha entidad en contra del inversionista con relación a dicho incumplimiento.	Resuelto unánimemente por el tribunal arbitral a favor de la Parte
14. United Parcel Service of America, Inc.		CAN.	160		Supuesta práctica de competencia desleal de Canadá, al subsidiar indirectamente a su empresa de mensajería, al permitirle usar la infraestructura del servicio postal canadiense.	Pendiente
15. ADF Group, Inc.		EE.UU.	90		La aplicación por parte del gobierno de Virginia del requisito pro el cual el acero empleado en proyectos que reciben apoyo del gobierno federal deban emplear acero producido y procesado en los EE.UU.	Resuelto unánimemente a favor de la Parte
16. Waste Management, Inc.		MEX.			Aparentemente la misma.	Pendiente
17. Ketchum Investments, Inc. y Tysa Investments, Inc.		CAN.	30		El establecimiento de un sistema de cuotas para la importación de cierto tipo de madera desde ciertas provincias de Canadá hacia los EE.UU.	No prosiguió

18. Adams <i>et al.</i>		MEX.	75		Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ordenando la restitución a favor de los dueños legítimos de diversos predios ubicados en el Ejido Coronel Esteban Cantú, en Baja California, sobre los cuales los inversionistas habían desarrollado un complejo turístico.	Pendiente
19. Lomas Santa Fe Investments, L.P.		MEX.	210		La expropiación de un predio ubicado en la Ciudad de México para la construcción de diversas vialidades.	Pendiente
20. Trammel Crow Co.		CAN.	32		La cancelación de un procedimiento de licitación pública para la administración de los inmuebles propiedad de la empresa estatal <i>Canada Post Corporation</i> .	Concluido por Negociación en Abril de 2002.
21. Canfor Corp.		EE.UU.	250		La imposición de cuotas compensatorias con base en una determinación <i>antidumping</i> , a la importación de cierto tipo de madera de Canadá hacia los EE.UU.	Pendiente
22. Crompton Corp.		CAN.	100		Incumplimiento por parte la Agencia Canadiense Reguladora del Manejo de Pesticidas, de un acuerdo celebrado entre ésta y el inversionista, con relación al	Pendiente

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

					cese del uso de pesticidas para las semillas de canola a base de la sustancia conocida como Lindane, y la suspensión del registro para el uso de los pesticidas producidos por el inversionista para el tratamiento de semillas de canola.	
23. Fireman's Fund Insurance Co.		MEX.	50		La negativa del Banco de México para autorizar un plan de ayuda que permitiera a Grupo Financiero Bancrocker, S.A. de C.V. readquirir del inversionista obligaciones emitidas por dicho grupo financiero.	Pendiente
24. Calmark Commercial Development, Inc.		MEX.	4		La omisión indebida por parte de las autoridades penales administrativas y judiciales del Estado de Baja California, de castigar a supuestos defraudadores del inversionista; y la aplicación de las leyes procedimentales penales del Estado de Baja California.	Pendiente
25. Kenex, Ltd.		EE.UU.	20		Diversas ordenes emitidas por la DEA para la incautación de cargamentos de productos derivados del cáñamo importados hacia los EE.UU. por el inversionista; y la emisión de diversas disposiciones	Pendiente

					por la misma agencia, tendientes a prohibir el uso de derivados del cáñamo en productos alimenticios en los EE.UU.	
26. Robert J. Frank		MEX.	1.5		La privación de la posesión de un predio ocupado por el inversionista en las costas de Baja California, derivada de una orden de ZOFEMAT.	Pendiente
27. GAMI Investments, Inc.		MEX.	55.016808		Expropiación de los ingenios azucareros propiedad del inversionista en condiciones supuestamente discriminatorias; la omisión discriminatoria en la aplicación de las disposiciones administrativas que establecen cuotas mínimas de exportación y límites máximos de producción a los ingenios azucareros; la renegociación de la deuda del inversionista en condiciones supuestamente discriminatorias.	Pendiente
28. Doman Industries, Ltd.		EE.UU.	513		La imposición de cuotas compensatorias con base en una determinación <i>tantidumping</i> , a la importación de cierto tipo de madera de Canadá hacia los EE.UU.	Pendiente

29. Tembec Corp.		EE.UU.	200 ³¹³		Aparentemente, La imposición de cuotas compensatorias con base en una determinación <i>antidumping</i> , a la importación de cierto tipo de madera de Canadá hacia los EE.UU.	Pendiente
30. International Thunderbird Gaming Corp.		MEX.	?		La clausura por parte de la Secretaría de Gobernación de tres "casinos virtuales" ubicados en las ciudades de Nuevo Laredo, Matamoros y Reynosa.	Pendiente
31. Corn Products International, Inc.		MEX.	Alrededor de 250		Imposición y aplicación de un impuesto especial del 20% sobre los refrescos, bebidas hidratantes o rehidratantes fabricados con edulcorantes distintos al azúcar de caña.	Pendiente

³¹³ Fuente: Comunicado de prensa de mayo 3 de 2002, visible en <http://www.tembec.com>. Véase también la nota del 7 de mayo de 2002, disponible en http://www.cbc.ca/stories/2002/05/03/tembec_020503.

³¹⁴ El mes y el día fueron obtenidos de un comunicado emitido por la empresa el 19 de agosto de 2002, en el que señalaba que presentaría su intención de someter la reclamación a arbitraje cuatro días después. Sin embargo, a pesar de que sabemos con certeza que dicha notificación fue presentada en 2002, el hecho de que ésta haya sido sometida en el mes y el día propuestos por la empresa no ha sido confirmado. El comunicado es el 20020819 y está visible en <http://www.thunderbirdgaming.com/investor/news>.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y OTRAS PUBLICACIONES NO PERIÓDICAS

1. ALAN RUGMAN ET AL., ENVIRONMENTAL REGULATION AND CORPORATE STRATEGY: A NAFTA PERSPECTIVE (Oxford University Press 1999).
2. E.V.K. FITZGERALD ET AL., THE DEVELOPMENT IMPLICATIONS OF THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT (Finance and Trade Policy Research Centre, Queen Elizabeth House University of Oxford 1998).
3. HOWARD MANN & KONRAD VON MOLTKE, AN INTERNATIONAL INVESTMENTS REGIME? ISSUES OF SUSTAINABILITY (Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable 2000).
4. HOWARD MANN & 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 1999).
5. IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 528 (Oxford University Press, 5ª ed. 1926).
6. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, PRIVATE RIGHTS, PUBLIC PROBLEMS, A GUIDE TO NAFTA'S CONTROVERSIAL CHAPTER ON INVESTOR RIGHTS (International Institute for Sustainable Development & World Wildlife Fund 2001).
7. KEITH ERLAM & L. PLASS, TRADE AND ENVIRONMENT: A BUSINESS PERSPECTIVE (World Business Council for Sustainable Development 1996).
8. NATHANIEL GOETZ, A BLUE PRINT FOR NAFTA (Pepperdine University 2001).
9. PUBLIC CITIZEN GLOBAL WATCH, PHILIP MORRIS THREATENS PROPOSED CANADIAN TOBACCO LAW WITH NAFTA SUIT 2 (Public Citizen Global Watch 2002).
10. SERGIO MARCHI, NOTES FOR AN ADDRESS BY THE HONORABLE SERGIO MARCHI, MINISTER FOR INTERNATIONAL TRADE, TO THE NAFTA FIFTH ANNIVERSARY LUNCHEON (Department of International Trade and Foreign Affairs 1999).
11. SIR ROBERT JENNINGS, THE MEANING OF ARTICLE 1105(1) OF THE NAFTA AGREEMENT, FOURTH OPINION OF PROFESSOR SIR ROBERT JENNINGS, Q.C. (2001).
12. SYLVIA OSTRY, FUTURE OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION (Susan M. Collins & Robert Z. Lawrence eds., Brookings Institute Trade Policy Forum 1999).

13. TODD WEILER, *TRADE MINISTERS SAY DE DARNEST THINGS (s/ paginar)* (2001) disponible en <http://www.naftajaw.org>.

ARTÍCULOS

1. Daniel M. Price, *NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve?*, 26 CAN.-U.S. L.J. (2001).
2. Daniel Magraw, *NAFTA's Repercussions: Is Green Trade Possible?*, 4 Y.B. INT'L ENVIRONMENTAL ENVTL. L. (1993).
3. Daniel R. Loritz, *Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed Under NAFTA's Chapter 11*, 22 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. (2000).
4. David R. Adair, *Investors' Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties*, 6 TULSA J. COMP. & INT'L L. (1999).
5. Gloria Sandrino, *The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A third World Perspective*, 27 VAND. J. TRANSNAT'L L. (1994).
6. Ian A. Laird, *NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little*, 2 CHI. J. INT'L L. (2001).
7. John Knox, *NAFTA's Environmental Provisions: What problems were they intended to address?* 23 CAN.-U.S. L. J. (1997).
8. Julie Soloway, *NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest*, 9 CHOICES CAN.'S OPTIONS N. AM. (2003)
9. Lawrence L. Herman, *Settlement of International Trade Disputes - Challenges to Sovereignty - A Canadian Perspective*, 24 CAN.-U.S. L.J. (1998).
10. Robert K. Paterson, *A New Pandora's Box? Private Remedies for Foreign Investors Under the North American Free Trade Agreement*, 8 WILLAMETTE J. INT'L L. & DISP. RESOL. (2000).

TRATADOS INTERNACIONALES

1. Canada-United States Free Trade Agreement, Dic. 22, 1987, 27 I.L.M. 281 (1988); la Carta de la Energía, Dic. 17, 1994, 33 I.L.M. (1995).
2. Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación disponible en <http://www.basel.int/text/textspan.html>.
3. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia disponible en <http://www.un.org>.

4. *Softwood Lumber Agreement Between The Government Of The United States Of America And The Government Of Canada*, May. 26, 1996, 35 I.L.M. (1996).
5. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Dic. 17, 1992, Can.-Mex.-EE.UU., 32 I.L.M. (1993).

DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y ORGANISMOS INTERGUBERNAMENTALES

1. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable, Report of the United Nations Conference on Environmental and Development*, U.N. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I) (1992).
2. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, U.N. International Law Commission, 53rd Sess., Artículo 4, Official Records of the General Assembly, 56th Sess., Supplement 10 (A/56/10), chp.IV.E.1 (2001).
3. *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises*, OCDE (Jul. 25, 2002) disponible en <http://www.oecd.org>
4. *Notas Interpretativas de Ciertas Disposiciones del Capítulo 11*, Comisión de Libre Comercio del TLCAN (Jul. 31, 2001) disponible en <http://www.dfait-maeci.gc/lna-nae/NAFTA-Interpr-c.asp>.
5. *The Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text*, OCDE (1998).
6. *What would an MAI with high environmental content look like?*, ODCE (1997).

DOCUMENTOS OFICIALES DE LAS PARTES DEL TLCAN, NO SOMETIDOS EN UN ARBITRAJE CONFORME AL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

1. *North American Free Trade Agreement Implementation Act: Statement of Administrative Action 152*, H.R. Doc. No. 103-159, Vol. I (Jun. 23, 1993).
2. *Statement on Implementation of the North American Free Trade Agreement*, Gaceta Oficial de Canadá, Parte I (Enc. 1, 1994) disponible en <http://www.laws.justice.gc.ca>.

CASOS INTERNACIONALES Y DOCUMENTOS EMITIDOS EN LOS ARBITRAJES CONFORME AL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

1. *ADF Group, Inc. v. EE.UU., ICSID (W. Bank) ARB(AF)/00/1*, (Enc. 9, 2003) (Lauda Final sobre el Fondo) (per curiam).
2. *Canfor Corporation v. EE.UU.* (Jul. 9, 2002) (Notificación de Sometimiento de la Reclamación a Arbitraje).

3. Caso sobre Jurisdicción Pesquera (España v. Canadá), 1998 ICJ 96 (Dic. 4).
4. Caso Velásquez Rodríguez, Ct. Inter-Am. D.H., OEA/Serie C, #4, 28 I.L.M. 291 (1989).
5. Crompton Corporation v. Canadá, (Nov. 6, 2001) (Notificación de la Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).
6. Estados Unidos Mexicanos v. Metalclad Corporation, (BCSC 664, 2001) ("Apelación del Caso Metalclad") disponible en <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-ix/SC/01/062001BCSC0664.htm>.
7. Ethyl Co. v. Canadá, (Jun 24, 1998) (Laudo sobre Jurisdicción) (per curiam).
8. Ethyl Co. v. Canadá, (Nov. 27, 1997) (Contestación de la Demanda).
9. GAMI Investments Inc. v. los Estados Unidos Mexicanos (Abr. 9, 2002) (Notificación de Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).
10. Kenex Ltd. v los EE.UU. (Enc.14, 2002) (Notificación de la Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).
11. Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) No. ARB(AF)/99/1, (Dic. 16, 2002) (Laudo Final sobre el Fondo) (per curiam).
12. Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) No. ARB(AF)/99/1, (Dic. 16, 2002) (Demanda sobre Cuestiones Preliminares).
13. Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) No. ARB(AF)/99/1 (Dic. 6, 2000) (Decisión Interlocutoria sobre Cuestiones Preliminares de Jurisdicción) (per curiam).
14. Metalclad Corp. v. Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/97/1 Ago. 2, 2000) (Laudo Final) (per curiam).
15. Mondev International Ltd. v. EE.UU., ICSID (W. Bank) ARB(AF)/99/2 (Oct. 11, 2002) (Laudo Final sobre el Fondo) (per curiam).
16. Pope & Talbot, Inc. v. Canadá (Abr. 7, 2000) (Primera Comunicación de los EE.UU. con base en el artículo 1128).
17. Pope & Talbot, Inc. v. Canadá (May. 25, 2000) (Segunda Comunicación de los EE.UU. con base en el artículo 1128).
18. Pope & Talbot, Inc. v. Canadá (May. 31, 2002) (Laudo sobre Daños) (per curiam).

19. Pope & Talbot, Inc. v. Canadá (Abr. 10, 2001) (Laudo sobre el Fondo de la Fase 2) (per curiam).
20. Pope & Talbot, Inc. v. Canadá (Jun. 26, 2000) (Laudo Preliminar sobre el Fondo) (per curiam).
21. Pope & Talbot, Inc. v. Canadá (Nov. 1º, 2000) (Cuarta Comunicación del los EE.UU. con base en el artículo 1128).
22. Pope & Talbot, Inc. v. Canadá (May. 25, 2000) (Comunicación Complementaria de México con base en el artículo 1128).
23. Robert Azinian v. los Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/97/2 (Nov. 1º, 2002) (Laudo sobre el Fondo) (per curiam).
24. Robert J. Frank v. los Estados Unidos Mexicanos (Feb. 12, 2002) (Notificación de Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje).
25. S.D. Myers Inc. v. Canadá (Oct. 21, 2002) (Segundo Laudo Parcial) (per curiam).
26. S.D. Myers, Inc. v. Canadá (Nov. 12, 2000) (Opinión Separada del Dr. Bryan Schwartz, concurrente salvo con respecto a los requisitos de desempeño).
27. S.D. Myers, Inc. v. Canadá (Jun. 18, 1999) (Contestación de la Demanda).
28. S.D. Myers, Inc. v. Canadá (Nov. 13, 2000) (Laudo Parcial) (per curiam).
29. S.D. Myers, Inc. v. Canadá (Dic. 30, 2002) (Laudo Final, relativo a la asignación de costos entre las partes en controversia) (per curiam).
30. S.D. Myers, Inc. v. Canadá (Oct. 30, 1998) (Demanda).
31. Waste Management Inc. v. los Estados Unidos Mexicanos, ICSID (W. Bank) ARB/(AF)/98/2 (Jun. 2, 2000) (Laudo sobre Jurisdicción) (per curiam).