

El capítulo 11 del TLCAN y el medio ambiente
Documento de información para el Comité Consultivo Público
Conjunto de la Comisión para la Cooperación Ambiental

Ottawa, 17 – 18 de junio de 2002

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

Índice

1. Introduction.....	1
2. The Context: Why conclude investment agreements?	1
3: What are the concerns with Chapter 11?.....	3
3.1. The Provisions	3
3.2. The Scope	6
3.3. The Process	7
4. The Potential Contribution of the JPAC	10
References	13

1. Introducción

El objetivo del presente documento es transmitir en forma resumida las preocupaciones que el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (*International Institute for Sustainable Development, IISD*) ha planteado en sus amplios análisis y consultas sobre las implicaciones ambientales del capítulo 11 del TLCAN. La mayor parte de este informe se sustenta en trabajos previos del IISD.¹ El informe también se nutrió de una serie de talleres trinacionales de expertos sobre las implicaciones ambientales del Capítulo 11, efectuados en la primavera de 2002 en las capitales de los países del TLCAN, auspiciados por el IISD y sus instituciones asociadas.²

Son dos los supuestos iniciales, tanto en los talleres como en el presente análisis. Primero, que la inversión puede hacer una contribución importante al desarrollo sustentable. De hecho, resulta difícil imaginar una transición hacia el desarrollo sustentable sin cantidades importantes de inversión extranjera, en particular en aquellas naciones en las que las tasas de ahorro interno son bajas. Segundo, que la protección ambiental es también fundamental en el logro del desarrollo sustentable y uno de los hitos de dicha protección global es un sistema de gestión ambiental firme y efectivo en el ámbito nacional. El reto consiste en conciliar ambas metas: el fomento de la inversión extranjera directa por medio de mecanismos que no minen la capacidad de los gobiernos nacionales para garantizar que la inversión y el resto de la actividad económica contribuyan al desarrollo sustentable.

2. El contexto: ¿por qué los acuerdos sobre inversión?

El capítulo 11 del TLCAN sobre protección al inversionista es producto de su historia. Los esfuerzos por proteger la inversión foránea se remiten a los tratados de amistad navegación y comercio que aparecieron a finales del decenio de 1700. El derecho internacional en materia de inversión evolucionó con el tiempo en respuesta a los dinámicos patrones comerciales y las mutantes realidades políticas, de modo que a finales de la década de 1970 Estados Unidos comenzó a promover la firma de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Las disposiciones de protección de la inversión de los modernos TBI son en esencia las mismas que las del Capítulo 11.

¹ Véase IISD (2001), Mann y Von Moltke, (1999) y Mann y Von Moltke (2002).

² "Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11," Ciudad de México, 13 de marzo; Ottawa, 18 de marzo; Washington, 11 de abril. Puede consultarse la descripción de los talleres, sus órdenes del día su lista de participantes y sus documentos de trabajo en: <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>.

Vandeveld (1992:22) describe las motivaciones de EU para la firma de TBI:

“Los TBI ... se originaron en consideraciones económicas, legales y políticas. La económica fue la protección de la inversión estadounidense ya existente respecto de una serie de amenazas, entre ellas el trato discriminatorio, el control de cambios o la expropiación. La consideración legal fue el fortalecimiento de la protección jurídica consuetudinaria internacional de la inversión. La consideración política fue disminuir la presión del Congreso y la comunidad empresarial de EU en relación con la protección de la inversión en el extranjero y probar a los gobiernos extranjeros que Estados Unidos estaba comprometido con la protección de dicha inversión.”

En el momento de las negociaciones del TLCAN el compromiso con la protección se daba por sentado y no existía una necesidad tan apremiante de fortalecer el derecho internacional consuetudinario, lo que dejaba sólo la consideración sobre protección de la inversión estadounidense en el exterior. En esa época otro objetivo comenzaba también a figurar: la liberalización de la inversión internacional. Más allá de la simple protección de las inversiones respecto del maltrato por parte de los gobiernos extranjeros este nuevo objetivo buscaba la eliminación de las barreras a la inversión que representan el requisito de desempeño y los derechos de establecimiento. El capítulo 11 abarca ambos objetivos.

La continuación de Vandeveld es interesante: “ninguna de las consideraciones en apoyo de la negociación de los TBI incluía como factor la promoción de la inversión en los países en desarrollo”. Este incremento en la inversión era precisamente el interés de México al firmar el acuerdo. México vio su compromiso con la liberalización y (lo que es quizá más importante) su disposición a sujetarse a esos compromisos, como una importante señal hacia los inversionistas en el sentido de que habían llegado a su fin las viejas políticas nacionalistas y el país constituía ahora una destinación atractiva para la inversión. Canadá, por su parte, reconocía el valor de un acuerdo que podría aumentar las oportunidades de inversión en México pero, al mismo tiempo, buscó limitar el alcance que el mismo podría tener en su propia estructura de reglamentación de la inversión.

La inversión, sin embargo, no es un fin en sí mismo. El atractivo de proteger, promover y atraer la inversión extranjera es capitalizar el crecimiento económico que puede significar tanto para el inversionista como para el país receptor. En el presente informe se argumentará que el impulso puramente económico para la protección de la inversión en el TLCAN, aunque perfectamente adecuada si se le

mira desde la mera perspectiva comercial, ha conducido a importantes problemas no intencionales en áreas no comerciales de interés público.³

3: ¿Cuáles son los aspectos preocupantes del Capítulo 11?

Las preocupaciones en relación con el Capítulo 11 abarcan principalmente tres categorías: las disposiciones, su alcance y el proceso.

3.1. Las disposiciones

El capítulo 11 incorpora la protección estándar que es posible encontrar en el modelo de los TBI, pero las disposiciones con el mayor potencial de conflicto con los objetivos no comerciales de política son:

- Protección contra la expropiación o medidas equivalentes a la expropiación (Artículo 1110)
- Obligaciones de trato nacional (Artículo 1102)
- Prohibición de requisitos de desempeño (Artículo 1106)
- Obligaciones sobre niveles mínimos de normas de trato internacional (Artículo 1105)

2.1.1. Protección contra la expropiación

El artículo 1110 estipula que cualquier expropiación deberá ser:

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

Ninguno de estos puntos es sorprendente o poco razonable, pero la cuestión fundamental es: en dónde se traza la línea entre el ejercicio legítimo de la autoridad reglamentaria gubernamental –que con frecuencia causa daño económico a empresas o sectores específicos—y la expropiación que requiere indemnización. Dicha línea ha existido tradicionalmente en el derecho internacional en la doctrina de “poderes públicos”: las medidas no discriminatorias orientadas a la protección del bienestar público (por ejemplo la

³ Aunque en este caso el planteamiento es con relación al TLCAN su aplicación abarca con el mismo vigor a los TBI.

salud pública, el medio ambiente el orden público), no se consideran expropiación, incluso si causan daño económico a algunas empresas. En la medida en que estas bases no se hicieron explícitas en el texto del artículo 1110 no queda claro que existan. De no existir, toda legislación ambiental astringente involucraría el pago de daños a los negocios que resulten afectados.⁴ Ello constituiría en la práctica un esquema de “pague al que contamine” con un obvio potencial desestimulante respecto de cualquier nueva reglamentación.

La decisión arbitral más compleja al respecto a la fecha provino del panel *Metalclad*, cuyo laudo fue que el objetivo de la medida cuestionada no era importante respecto de si se trataba de una expropiación, que la única consideración importante al respecto era el grado de los daños. El caso *Pope & Talbot* incluyó elementos del mismo tipo de razonamiento. Apegarse a estos laudos podría parecer el fin de la excepción de los poderes públicos y exponer *todas* las medidas gubernamentales a que se les ataque como expropiación que requiere indemnización, siempre y cuando se demuestre que se infligió un daño suficientemente grande. El caso *Methanex* ofrecerá otra posibilidad de fallo respecto del mismo asunto.

3.1.2. Trato nacional

El artículo 1102 establece que cada una de las partes “acordará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.” El principal motivo de preocupación en este caso es definir cuándo se trata de circunstancias “similares”. Es claro que el texto no significa “idénticas”, pero tampoco ofrece orientación alguna respecto de cómo se habrá de determinar si las circunstancias son suficientemente similares como para enmarcarse en esta obligación.

Por ejemplo, si varias empresas están ya contaminando al máximo permitido en cierto ecosistema canadiense, el negar un permiso a un inversionista extranjero para abrir otra planta en el mismo sitio ¿equivaldría al incumplimiento de la cláusula de trato nacional? Ciertamente el inversionista extranjero no está recibiendo el mismo buen trato que las empresas nacionales. O, como en el caso *Pope & Talbot*, si un inversionista está sujeto a reglamentaciones más onerosas en la provincia en la que opera que las que prevalecen en otras provincias ¿constituye eso un incumplimiento de las obligaciones de trato nacional?

⁴ Si bien toda reglamentación podría estar sujeta a escrutinio, es poco probable que todos los daños sean objeto de indemnización. De acuerdo con la jurisprudencia en proceso, tendría que producirse una *disminución sustancial* en el valor esperado de la inversión para que el caso ameritara compensación.

3.1.3. Requisitos de desempeño

El artículo 1106 prohíbe que los países receptores impongan ciertos tipos de requisitos a los inversionistas como condiciones para su entrada y establecimiento. Entre los requisitos prohibidos están las demandas de exportación de un cierto porcentaje de las ventas, los requisitos de comprar en el mercado local ciertos insumos o los de transferencia de determinadas tecnologías al país huésped.

La preocupación en este caso es que en varios casos ya se ha argumentado (aunque no existe fallo al respecto) que la prohibición de una importación constituye un requisito de desempeño. En el caso *Crompton*, por ejemplo, Canadá prohibió la importación de lindano con bases ambientales y de salud, pero la empresa manufacturera estadounidense Crompton, argumentó que la prohibición obliga a su filial canadiense a comprar sustitutos en el mercado local y es, por tanto, un requisito de compra local. La empresa Ethyl presentó argumentos similares en su caso, pero Canadá llegó a un arreglo al margen de los tribunales. La forma en que este asunto evoluciona es de preocupar si se considera que la prohibición de las importaciones ha sido una herramienta utilizada con frecuencia en las políticas ambientales en materia de sustancias tóxicas.

3.1.4. Nivel mínimo de trato

El artículo 1105 obliga a que los inversionistas reciban un trato “acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo ...” El texto deja sin definir dicho requisito y, hasta que fue específicamente negado por la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio de julio de 2001, varios casos lo interpretaron como si quisiera decir que los inversionistas eran merecedores del trato especificando en cualquier pieza de derecho internacional, entre ellas la OMC o incluso las partes ajenas al Capítulo 11 del TLCAN. La preocupación ahora radica en que la nota interpretativa podría no tener el efecto buscado cuando sea considerada por los paneles de arbitraje en términos del Capítulo 11.⁵

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

⁵ Véase Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (2001).

3.1.5. Conclusiones

En el caso de todas estas disposiciones, las preocupaciones se originan en las interpretaciones que van más allá de lo que los redactores del texto buscaron. Como lo señalaron Mann y Von Moltke (2002), las disposiciones dejaron de ser herramientas de última instancia para proteger de un trato injusto y se convirtieron en las armas preferidas para evitar o combatir reglamentaciones desfavorables: dejaron de ser escudo y se volvieron espada. En alguna medida, el estrecho enfoque comercial de los negociadores les impidió prever o preocuparse por el tipo de impactos que las disposiciones amenazan tener en otras esferas de la política pública.

En alguna medida este hecho se reconoció en las notas interpretativas de la Comisión de Libre Comercio (CLC) de julio de 2001 que se ocupan de la transparencia y de las normas mínimas internacionales de trato.⁶ La declaración limita el alcance del artículo 1105 a un nivel ajustado al derecho internacional consuetudinario, es decir que no se le puede continuar utilizando como canal para introducir obligaciones del derecho comercial u otras fuentes.⁷

La declaración de interpretación se difundió en términos de la autoridad otorgada a la CLC en el artículo 1131 del TLCAN, en el que se establece que, “la interpretación que formule la comisión sobre una disposición de este Tratado será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección (sección B del Artículo 1131)”. Dicho vehículo podría también ser usado para abordar los otros problemas antes indicados, siempre y cuando exista consenso entre las Partes respecto de las soluciones adecuadas.

3.2. El alcance

El capítulo 11 tiene definiciones alarmantemente amplias tanto de la “inversión” como de las “medidas” respecto de las cuales la inversión debe ser protegida. Una inversión es cualquier cosa, desde una empresa hasta una garantía crediticia o un préstamo a una empresa. El tenedor de un bono de una empresa multinacional se convierte en un inversionista que dispone de todos los derechos antes expresados y habilitado por el poderoso proceso antes descrito.

Esta definición se ha ampliado debido a diversos fallos que han acordado definir a la “cuota de mercado” de una compañía como una inversión que requiere de protección. De esa manera, cuando la participación porcentual en el mercado estadounidense de Pope & Talbot’s disminuyó como resultado de una política

⁶ Comisión de Libre Comercio, 2001.

⁷ Véase un análisis de la Declaración en Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, 2001.

gubernamental canadiense, la empresa se hizo acreedora de una compensación. Ello coloca, de hecho, toda la gama de las medidas comerciales en el ámbito de las disposiciones del TLCAN sobre inversión, en la medida en que la mayor parte de las medidas comerciales afectarán la participación porcentual en el mercado. Con ello se amplía en gran medida el alcance de estas disposiciones y se abre un acceso al proceso directo inversionista-Estado (mencionado más arriba) mayor que el que pueda argumentarse que se haya nunca buscado.

Una “medida,” en términos del capítulo 2 del TLCAN (no se define en el capítulo 11) es “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, lo que cubre la mayoría de los actos de gobierno que es posible concebir. El capítulo 11 se aplica a medidas tomadas por todos los niveles de gobierno, desde el federal hasta el municipal. El caso *Loewen* en EU prueba que es aplicable incluso al poder judicial.

3.3. El proceso

El amplio alcance del capítulo 11, junto con la ampliación de sus definiciones argumentada para algunas de sus disposiciones, lo han llevado mucho más allá de los asuntos comerciales, a zonas de interés público más amplio, como la protección de la salud y el medio ambiente. El caso *Methanex*, por ejemplo, pone a prueba el adecuado equilibrio entre el interés de la ciudadanía por contar con un medio ambiente limpio y seguro y los derechos de los inversionistas de disfrutar de los frutos de sus inversiones. Ambos son importantes desde la perspectiva de la administración pública y aquellas instituciones a que se ha confiado la necesidad de mantener el equilibrio entre las metas deberán contar con el tipo de características que se exigen a las instancias gubernamentales que toman ese tipo de decisiones día con día: legitimidad, rendición de cuentas y transparencia. El mecanismo inversionista-Estado mediante el cual se solucionan los casos del Capítulo 11 carece de todas estas características.

Los panelistas mismos no se seleccionan de un grupo permanente de árbitros, y el proceso de selección incluye la facultad para el demandante de seleccionar a uno de los tres árbitros, además de colaborar en la designación del tercero, situación que se presta a una selección tendenciada. Pastor (2001:103) señala:

“Los paneles de controversias han funcionado bien, pero están teniendo problemas debido a su naturaleza ad hoc. En la medida en que los panelistas no reciben un buen pago, es cada vez más difícil encontrar panelistas expertos que no tengan un conflicto de intereses. Más aún, la jurisprudencia que se ha ido acumulando a lo largo del pasado decenio requiere de una inversión de tiempo que poca gente sin conflicto de

intereses puede tener. Es por ello que ha llegado el momento de establecer un tribunal permanente con jueces designados por amplios plazos.”

El proceso, además, permite sólo una forma muy limitada de revisión: en esencia un cuestionamiento de la decisión arbitral en los tribunales del país en el que el tribunal arbitral esté legalmente asentado. La revisión procede entonces en términos de la legislación aplicable del país en cuestión, pero las normas para la revisión en dichos casos son mucho más altas que las que se establecen para la apelación en casos internos. Tendría que demostrarse que el Tribunal incurrió en un error legal de magnitud tal que equivaldría a excederse en su jurisdicción, lo que haría que su decisión no fuera aplicable. No se trata, en última instancia, de un proceso de apelación; la revisión no puede basarse en errores simples legales o de hechos ni sustituir la decisión por otra tomada por el tribunal.

La naturaleza ad hoc del proceso de selección del panel, la ausencia de posibilidad de apelación y la falta de mecanismo de *stare decisis* --de precedente jurídico— conduce a lo que un comentarista denominó “tiro de dados” cada que un panel arbitral se reúne.⁸ No existe forma de pronosticar con algún grado de certeza la forma en que el panel va a fallar en determinada cuestión. Ello hace que para las empresas que pueden permitirse presentar quejas con bajo costo y alto valor valga la pena hacer el tiro de dados. Puede verse aquí, en contraste, el valor que tiene el organismo permanente de apelaciones de la OMC para dar coherencia y certeza al proceso.

Como nota aparte: algunos observadores critican el proceso mismo inversionista-Estado. De hecho, es un problema que no exista un “filtro” para cernir quejas frívolas o estratégicas. Pero los antecedentes históricos de la protección de las inversiones nos muestra que es mejor no dejarla en manos de los gobiernos, que responden sólo a los participantes de mayor tamaño y cuyas decisiones sobre si proceder o no con tal o cual queja están casi siempre condicionadas por la coyuntura política del momento.⁹

Nuevamente sobre el asunto de la selección del panel: como se indicó antes, muchas de las cuestiones que se presentan ante paneles van más allá de las cuestiones meramente comerciales en las que los panelistas son expertos. El caso Methanex, por ejemplo, requiere del conocimiento de los aspectos económicos de la reglamentación ambiental: ¿sería factible para el gobierno de California reglamentar las filtraciones de los tanques de almacenamiento subterráneo en lugar de prohibir el uso de la sustancia química cuya filtración era el objeto de la preocupación? Y demanda también el conocimiento de aspectos científicos

⁸ Jon Johnson, sesión de Ottawa, ILSD, 18 de marzo de 2002.

⁹ Véase Vandeveld (1992:23-25).

ambientales y de la toma de decisiones con base científica. No existe un consenso científico claro respecto de los efectos en la salud humana de la sustancia química prohibida. Es limitado el grado en que el testimonio de expertos puede influir en árbitros no expertos, antes de que la legitimidad del proceso se convierta en un asunto.

En cierto grado, este problema se puede resolver si se permite una transparencia plena de los procedimientos y se aceptan contribuciones del tipo “amigos de la corte” respecto de las implicaciones legales de las áreas en consideración. La práctica actual es restringir el acceso a todos los documentos del tribunal y limitar el acceso a los expedientes. El panel de Methanex sentó precedente al declarar el amplio interés público del caso y declararse a sí mismo tanto facultado para aceptar contribuciones *amicus curiae*, como dispuesto a hacerlo:

“Hay un indudable interés público en este proceso de arbitraje. Las cuestiones sustantivas van más allá de las planteadas en los usuales procesos transnacionales de arbitraje entre partes comerciales.”¹⁰

De hecho, dado el interés público de los casos, no parece haber razón para no hacer públicos los documentos respectivos o para no permitir el mismo acceso a los expedientes que el que se tiene en cualquier tribunal local. Aunque se argumenta que ello pondría en el dominio público información comercial confidencial, dichos documentos podrían seguir siendo restringidos, de la misma manera en que lo están en el contexto nacional. O, como lo indicó un comentarista, la transparencia podría ser el precio a pagar si se quiere tener el privilegio de utilizar el poderoso mecanismo directo de disputas inversionista-Estado.¹¹

En su estado actual el proceso carece de la legitimidad, la rendición de cuentas y la transparencia que se requieren en las instituciones encargadas de mantener el equilibrio en los objetivos de política pública. Junto con el amplio alcance del Capítulo 11 y las vagas definiciones de las disposiciones enunciadas previamente, la fragilidad del proceso genera una situación de riesgo y de incertidumbre en las autoridades de áreas no comerciales y alimenta el tipo de descontento ciudadano que no es saludable para la integridad del TLCAN. Las reformas que aquí se sugieren, mismas que son cada vez más populares incluso entre los defensores a ultranza del Capítulo 11, podrían permitirnos avanzar un buen trecho hacia la solución del problema.

¹⁰ Methanex Tribunal (2001), para. 49.

¹¹ Konrad von Moltke, México, ILSD.

Las notas de interpretación de la CLC antes mencionadas contienen algunas disposiciones sobre transparencia. Sin embargo, no es para nada claro que esta vía, que puede funcionar para la interpretación de las disposiciones del Capítulo 11, vaya también a ser útil para corregir las fallas del proceso.

El TLCAN otorga a los quejosos el derecho de solicitar las audiencias en términos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIAD) o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), ambos tratados internacionales con una independencia más allá de las reformas del TLCAN. Al tiempo que la CLC tiene autoridad en términos del artículo 1113(b) del TLCAN para interpretar las disposiciones del Capítulo 11, no tiene ningún poder para dictar las reglas procesales con las que operarán los tribunales. Estas reglas se establecen al inicio de cada caso mediante consulta entre las Partes y de acuerdo con la legislación aplicable.

Para que se diera cualquier cambio importante en el proceso, tendría que reabrirse el TLCAN y reformarse para establecer un sistema de tribunales a la medida, con reglas establecidas por las propias Partes. La reapertura del Tratado no es algo que pueda tomarse a la ligera y es muy poco probable que alguna de las Partes tenga ganas de hacerlo. Pero es la única manera, a menos que se quiera buscar una reforma del CIAD o del CNUDMI, de corregir los importantes problemas del proceso inherentes al sistema actual.

4. La contribución potencial del CCPC

Suponiendo que el CCPC concuerda con que existen problemas relacionados con el Capítulo 11 que requieren de atención, o incluso que existe la necesidad de estudiar más a fondo el asunto, ¿cómo podría el Comité impulsar el avance?

El Comité tiene una función importante que cumplir en esta área, pero la forma de hacerlo es necesariamente indirecta. Los principales responsables de la toma de decisiones en materia del Capítulo 11 son los ministros de comercio, constituidos en Comisión de Libre Comercio. Sólo ellos tienen la facultad de modificar o interpretar el TLCAN. El CCPC no está habilitado para hacer recomendaciones a la CLC, pero tiene el mandato de proporcionar asesoría al Consejo de la CCA. El Consejo, a su vez, tiene un claro mandato de cooperar con la CLC en la consecución de los objetivos y metas ambientales del TLCAN, *inter alia* mediante la evaluación, sobre una base permanente, de los efectos ambientales del TLCAN.

Consciente de este vínculo, en su Recomendación al Consejo (8 de marzo de 2002) el CCPC recomendó la apertura del proceso del Artículo 10(6) sobre el Grupo de Funcionarios de Medio Ambiente y Comercio. También recomendó que se agregara el tema del Capítulo 11 a los temas por abordar en el segundo Simposio de América del Norte sobre Análisis de los Vínculos entre Comercio y Medio Ambiente que organiza la CCA, además de dar un mayor perfil al debate al respecto en la reunión de 2003 próximo entre Ministros de Medio Ambiente y Comercio. El Comité ha intentado en dos ocasiones previas motivar una mayor acción por parte del Grupo sobre el Artículo 10(6), ambas con poco éxito.¹²

¿Qué más puede hacerse? A continuación se ponen a consideración algunas opciones.

1. El CCPC podría ser más directo en su recomendación, aconsejando al Consejo que brinde su asesoría experta a la CLC por su propia iniciativa, en términos de su mandato en términos del artículo 10(6). El Consejo mencionó ya esa posibilidad en su Comunicado Final de la sesión de junio de 1999, pero la opción nunca se concretó. A partir de entonces la CLC se ha reunido y ha discutido sobre el asunto, lo que resultó en las notas de interpretación de julio de 2001; pero, hasta donde el autor sabe, ello se efectuó sin la cooperación o retroalimentación del Consejo.

Las bases para la asesoría del Consejo tendrían que estudiarse con cuidado, ya sea por encargo del Consejo o por cuenta del Secretariado. Podría también nutrirse de una reunión de expertos en la materia auspiciada por la CCA. Lo ideal sería que el Consejo asesorara a la CLC respecto de los actuales impactos del Capítulo 11 y las diferentes opciones para abordarlos.

2. El CCPC podría recomendar al Consejo que promoviera la adopción de mejores redacción y proceso para la protección de los inversionistas en las negociaciones en curso hacia un Acuerdo de Libre Comercio de las Américas. Dicha recomendación figura ya en la Recomendación al Consejo 01-02, pero no en términos suficientemente vigorosos, por lo que bien podría repetirse en el contexto de una comunicación dedicada al Capítulo 11.

3. Como lo hizo en la Recomendación al Consejo 02-04, el CCPC podría buscar oportunidades para aumentar el perfil del asunto entre la ciudadanía, además de fomentar las contribuciones ciudadanas y estimular a la CCA a que aproveche al máximo dichas oportunidades. Tomando como base la recomendación

¹² Véanse las recomendaciones al Consejo 99-08, y 98-08.

relacionada con la reunión ministerial de 2003 de Medio Ambiente y Comercio, el CCPC podría recomendar al Consejo que promoviera que se aproveche dicho evento para anunciar algún resultado importante en búsqueda de un Capítulo 11 con mayor sensibilidad ambiental, quizá los resultados del proceso que se recomendó sobre el artículo 10(6).

4. El CCPC podría preparar una recomendación especial al Consejo, resumiendo las áreas de preocupación que el Consejo debería explorar y perfilando algunas de las opciones disponibles para abordar dichos temas. Las bases para esta recomendación serían algunas de las siguientes, o todas ellas: contribuciones ciudadanas relacionadas con las reuniones de la sesión ordinaria del Consejo; asesoría de expertos solicitado de manera ad hoc, como fue el caso de este informe, o un programa de investigaciones más a fondo emprendido por el CCPC por su propia iniciativa.

Referencias

Comisión de Libre Comercio (julio de 2001). “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions.” <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-e.asp>

Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (agosto de 2001). “IISD's Note on the NAFTA Commission's Recent Initiative to Clarify Chapter 11 Investment Provisions.” http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_nafta_aug2001.pdf.

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

Methanex Tribunal (enero de 2001). “In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules Between Methanex Corporation and United States of America: The Tribunal’s Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as ‘Amici Curiae.’”

Pastor, Robert A. (2001). *Toward a North American Community: Lessons from the Old World for the New*. Washington, D.C.: Institute for International Economics.

Vandeveld, Kenneth (1992). *United States Investment Treaties: Policy and Practice*. Boston: Law and Taxation Publishers.