

EL CAPÍTULO 11 DEL TLC Y EL MEDIO AMBIENTE: CÓMO TRATAR LA INCIDENCIA DEL PROCESO INVERSIONISTA-ESTADO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

RESUMEN EJECUTIVO

La inversión directa extranjera y el desarrollo sustentable

La inversión directa extranjera (IDE) es crítica para alcanzar el desarrollo sustentable en los países en desarrollo. En los dos últimos decenios, ha eclipsado la asistencia oficial al desarrollo. De un tercio a la mitad de toda la inversión privada en los países en desarrollo procede ahora de la IDE. Estos flujos son necesarios para reemplazar industrias e infraestructuras no sustentables por otras sustentables. También pueden aportar beneficios prolongados: las firmas inversionistas pueden desarrollar capacidad tecnológica y administrativa en los estados receptores, aumentando sus posibilidades de administrar de modo sustentable sus recursos naturales.

Pero sin un marco político correcto, la IDE puede también exponer a graves riesgos el desarrollo sustentable. Al fin y al cabo, los inversionistas están motivados por su lucro, no por el interés público. Si se quiere que la IDE alcance sus posibles beneficios de sustentabilidad, tendrá que mostrar a la vez efectos ambientalmente sustentables y crecimiento y distribución sostenidos. Los acuerdos internacionales de inversión pueden contribuir a ambos fines, aunque tradicionalmente se han concentrado en lo último, ayudando a asegurar la previsibilidad y seguridad que permitirán aumentar los flujos de inversión. Entre las vías para asegurar la sustentabilidad ambiental, cabe mencionar la formación de responsabilidades en el inversionista y el fortalecimiento o protección de las reglamentaciones en el país receptor, así como el cumplimiento de las mismas.

El Capítulo 11 del TLC sobre la inversión y el medio ambiente

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), concertado en 1992 entre Canadá, Estados Unidos y México, fue el primer acuerdo de inversión regional o multilateral que se enfrentó con estas cuestiones. Aquellas negociaciones se concentraron en reforzar la seguridad del inversionista. Cuando se trataba del medio ambiente, se tuvo en cuenta sobre todo el fortalecimiento de las leyes ambientales, asegurando que el TLC no provocaría la creación de los llamados refugios de contaminación o una “carrera al naufragio” en general para las normas ambientales.

En cambio, durante las negociaciones y en los dos primeros años del TLC se prestó poca atención al alcance e interpretación de las disposiciones sobre protección de la inversión contenidas en el Capítulo 11 del TLC, y cómo se vinculan con la protección ambiental que debe ejercer el estado receptor. La experiencia de los últimos años demuestra, sin embargo, que es necesario prestar atención a esta área crítica. Las protecciones al inversionista previstas en el Capítulo 11 del TLC se han usado repetidamente para desafiar las leyes ambientales y decisiones administrativas del país receptor. En consecuencia, las

disposiciones destinadas a garantizar seguridad y previsibilidad a los inversionistas han creado ahora incertidumbre e imprevisibilidad para los reguladores del medio ambiente (y otros). Esto repercute a su vez sobre una amplia gama de valores públicos y amenaza determinar la percepción de todo el acuerdo por parte del público.

En efecto, muchos analistas atribuyen en gran medida el fracaso de la OCDE para concluir un Acuerdo multilateral sobre la inversión (AMI) a no haber tenido debidamente en cuenta las inquietudes por el desarrollo sustentable y al sigilo que rodeó todo el proceso, salvo en las últimas etapas de la negociación. Parte del interés de la experiencia del TLC con los mecanismos de controversia entre el inversionista y el estado proviene de la posible reencarnación de las negociaciones del AMI en la OMC, así como de las negociaciones por un Área de libre comercio de las Américas (ALCA).

En la tabla siguiente se exponen los procesos conocidos entablados hasta la fecha con relación al Artículo 11. (Como se señala más adelante, la falta de un requisito de transparencia significa que esta lista puede ser incompleta.) Las demandas oscilan entre los diez y los setecientos cincuenta millones de dólares estadounidenses. El único caso cerrado concluyó con un arreglo por trece millones, más la revocación de la legislación cuestionada. Los casos destacados en negritas son los que tienen un marcado sesgo ambiental.

| Empresa | Parte | Cuestión |
|---------------------------------|----------------|---|
| Halchette Distribution Services | México | Desconocida |
| Signa S.A. de C.V. | Canadá | Repercusión sobre un inversionista del proceso administrativo de aprobación de una droga |
| Ethyl Corp. | Canadá | Prohibición de importar el aditivo de gasolina MMT con fines ambientales |
| Metalclad Corp. | México | Medidas estatales y municipales que supuestamente impiden una instalación de tratamiento de residuos peligrosos |
| Desona de C.V. | México | Supuesta ruptura de contrato para operar un vertedero controlado |
| Marvin Feldman | México | Desconocida |
| USA Waste (“Acaverde”) | México | Se cree que relacionada con actividades de un vertedero controlado |
| S.D. Myers | Canadá | Prohibición transitoria de exportación de residuos con BPC |
| Loewen Group Inc. | Estados Unidos | Fallo contra una empresa tras un trámite de la justicia civil supuestamente parcial |
| Sun Belt Water Inc. | Canadá | Trato supuestamente parcial por parte de un gobierno provincial de un socio de los EUA en una empresa conjunta de exportación de agua |
| Pope & Talbot | Canadá | Cuotas de exportación supuestamente discriminatorias para aplicar el Acuerdo EUA-Canadá sobre madera blanda de aserradero |

El procedimiento de solución de controversias entre el inversionista y el estado

El TLC contiene un amplio procedimiento de solución de controversias entre el inversionista y el estado, que les da a los inversionistas extranjeros el derecho de desafiar directamente a los gobiernos receptores en su cumplimiento del Tratado. Estados Unidos y Canadá exigieron este mecanismo para proteger a sus inversionistas en lo que entonces era un sistema mexicano sospechoso, y México lo aceptó de buena gana como una garantía concreta y fiable para aumentar el flujo de inversión procedente del norte. Como resultado de esta confluencia de intereses económicos, el Capítulo 11 del TLC contiene el conjunto más amplio de derechos y correctivos que se haya ofrecido nunca a inversionistas extranjeros en un acuerdo internacional.

Aunque gran parte de la inquietud ambiental está motivada por la manera en que se han cuestionado las disposiciones en los procesos iniciados hasta la fecha (que se examinarán detalladamente más adelante), existen dos características del procedimiento de solución de controversias que incrementan las preocupaciones de fondo.

La primera es que el procedimiento permite a los inversionistas extranjeros soslayar las salvaguardas procesales o del interés público favoreciendo un sistema no transparente y sigiloso de arbitraje, sin derecho de apelación. Aunque es algo común en áreas puramente comerciales donde sólo está en juego un interés pecuniario, el Capítulo 11 no tiene precedentes en cuanto toca áreas críticas de elaboración de políticas públicas, como lo demuestran los procesos iniciados hasta la fecha.

La segunda es que el derecho a entablar una demanda no está trabado por ninguna necesidad de consentimiento de las Partes. Como resultado, se advierte un uso estratégico creciente y alarmante de las disposiciones por parte de los inversionistas para favorecer intereses privados, con frecuencia a expensas de la protección ambiental y de otros objetivos de política pública. Resulta evidente, a juzgar por la historia del uso del Artículo 11 hasta la fecha, que este instrumento estratégico será utilizado antes y después de haberse adoptado reglamentaciones. Esto ha modificado, y desvirtuado discutiblemente, las disposiciones sobre el inversionista y el estado, haciéndolas pasar de su función tradicional de mecanismo de protección de un inversionista defensivo a la de instrumento estratégico ofensivo.

Iniciar esos procesos resulta virtualmente sin costos para las grandes empresas, ya que cuesta literalmente unos pocos miles de dólares preparar una nota de intención de recurrir a arbitraje, con la que se inicia el proceso y que concede acceso privilegiado. A falta de claridad sobre la manera de interpretar las disposiciones (¿Qué constituye expropiación? ¿Qué se entiende por trato nacional?), resulta un costo moderado para la firma comercial, con un enorme costo potencial para el gobierno.

La cuestiones de fondo

Podría haber menos motivo de preocupación acerca del mecanismo de solución de controversias si hubiera mayor certeza acerca del alcance y la interpretación de las disposiciones en que se apoya. El alcance de las disposiciones es alarmantemente amplio;

la definición de las “medidas” sujetas a revisión incluye tanto actos jurídicamente obligatorios como no obligatorios, e incluso, entre otras cosas, dictámenes judiciales. Esto deja expuesta a potenciales recusaciones una amplia gama de medidas, que comprende, por supuesto, las leyes, reglamentos, políticas o disposiciones administrativas ambientales y otras de bienestar público. En un caso, que tuvo un arreglo extrajudicial, se sostuvo que las declaraciones gubernamentales sobre los peligros del producto del inversionista constituían “medidas” justiciables. El gobierno se retractó de esas declaraciones en el arreglo.

La definición de inversionista e inversión es igualmente vaga, pues incluye virtualmente cualquier forma de participación, título de deuda, muchos préstamos a una empresa, bienes adquiridos en espera de un beneficio económico, otros intereses dimanantes de una promesa de capital, etc. Los accionistas minoritarios de una compañía, algunos tenedores de bonos y otros inversionistas “pasivos” pueden ejercer los derechos de un inversionista de conformidad con el Capítulo 11, en algunos casos sin el consentimiento de la propia compañía. Es previsible que un componente extranjero pueda agregarse estratégicamente a una inversión nacional, simplemente para tener acceso a los derechos y correctivos extraordinarios que se encuentran en el Capítulo 11.

Hay cinco disciplinas a las cuales deben adherir las Partes:

- trato nacional;
- trato de nación más favorecida;
- nivel mínimo internacional de trato;
- prohibiciones contra ciertos requisitos de desempeño a los inversionistas; y
- disposiciones que rigen la expropiación.

Las más conocidas en la comunidad ambiental son las disposiciones sobre expropiación. Pero las otras disposiciones también son preocupantes desde la perspectiva del desarrollo sustentable. Los desafíos actuales del Capítulo 11 sólo contra Canadá ya han movilizad las cinco disciplinas, tratando de reclamar daños por medidas ambientales canadienses. Como se sostiene a continuación, cada una de esas disciplinas tiene una carga de incertidumbre con importantes repercusiones negativas sobre el desarrollo sustentable.

Arts. 1102, 1103: Trato nacional y trato de nación más favorecida (NMF). Son normas comparativas que requieren que un país receptor trate a un inversionista extranjero de manera “no menos favorable” que el modo en que trata a sus propios inversionistas o a los de cualquier otro país. Esto parece justo, pero su aplicación en la práctica plantea varios interrogantes. Primero, ¿qué significa “no menos favorable” para un regulador del medio ambiente? ¿Significa que un inversionista extranjero debe recibir mejor trato que cualquier otra empresa? ¿Requiere un trato ordinario, si eso puede medirse? ¿Puede establecerse la comparación con una empresa nacional que recibe el trato menos favorable entre todas las empresas nacionales? En un caso en trámite, se aduce que el inversionista ha recibido un trato menos favorable que algunas firmas nacionales, porque está sometido a cuotas de exportación de madera blanda de aserradero en la provincia en que opera (igual que las

firmas nacionales en esa provincia), pero esas restricciones no existen en algunas otras provincias. En otro caso un inversionista arguyó que aun cuando no hubiese firmas nacionales que produjeran su producto (MMT, un aditivo para la gasolina), una prohibición de importación violaba sus derechos, porque significaba un trato menos favorable que el que *habría* recibido un productor nacional.

Segundo, no está claro si puede haber alguna razón legítima para tratar a un inversionista extranjero de manera diferente. El trato “no menos favorable” que se debe acordar a los inversionistas extranjeros debe ocurrir “en circunstancias similares”, frase que ha sido definida en leyes que contemplan el intercambio de bienes. Pero definirla en el contexto de inversiones a largo plazo es harina de otro costal. Si a un inversionista extranjero se le deniega autorización para construir una planta contaminante porque las emisiones de las plantas existentes ya han alcanzado los umbrales reglamentarios, ¿se encuentran en circunstancias “similares” el inversionista potencial y las firmas existentes? Y si bien las “circunstancias similares” para los productores de bienes se han podido juzgar por la sustituibilidad comercial de los bienes, esa prueba podría ser demasiado limitada para los reguladores del medio ambiente, que necesitarán considerar también las repercusiones ambientales de la producción, el consumo y la eliminación de los bienes.

Art. 1105, Nivel mínimo de trato según el derecho internacional. Esta disciplina exige el cumplimiento de normas mínimas de “derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad”. En los procesos en trámite en que se cita esta disposición, se aduce un tema bastante coherente de falta del debido proceso y/o denegación de justicia. Desde la perspectiva del desarrollo sustentable, esta es la menos inquietante de las cinco disposiciones del Capítulo 11.

Art. 1106, Requisitos de desempeño. Esta disciplina prohíbe determinados tipos de requisitos que los gobiernos podrían tratar de imponer a los inversionistas. Por ejemplo, los gobiernos podrían no exigir que las firmas adquieran sus insumos en el país, o que exporten determinado porcentaje de su producción. O podrían no exigir que los inversionistas transfieran cierta tecnología propia o conocimiento exclusivo, como condición de la inversión. Existe una excepción ambiental, para medidas “necesarias” para “proteger la vida o salud humana, animal o vegetal” o para la conservación de recursos naturales, pero la interpretación tradicional de lo “necesario” en las excepciones del derecho comercial sugiere que ésta puede ser una barrera difícil de salvar.

Es motivo de preocupación la incertidumbre de que esta disposición pueda usarse contra *cualquier* medida que restrinja la importación o exportación de bienes, o imponga cualquier cuota o tarifa, esté o no relacionada con una firma determinada, o como condición de la inversión. En el caso de la prohibición por Canadá de importar MMT, por ejemplo, el demandante argumentó que la prohibición surtía el efecto de un requisito de desempeño, ya que efectivamente obligaba a la firma a elaborar el producto dentro del país en vez de importarlo. Canadá objetó que este argumento convertiría en requisito de desempeño *toda* medida fronteriza, pero admitió que la cuestión podía decidirse por sus méritos. El caso se arregló extrajudicialmente a favor del demandante, manteniendo así la incertidumbre.

Art. 1110, Expropiaciones. Las disposiciones sobre expropiación han sido las que tuvieron más notoriedad pública, dada su importante repercusión potencial sobre la regulación ambiental. El Artículo 1110 dice, en parte:

“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 ajuste al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización...”

Este artículo persigue un objetivo valioso: los inversionistas extranjeros necesitan protección contra la expropiación injusta de sus bienes físicos. También necesitan protección contra medidas menos extremas o evidentes que persigan el mismo propósito, como la destitución de directores o la tributación excesiva. La mayoría de las controversias que se han llevado a arbitraje invocando este artículo serán del segundo tipo, reclamando por alguna medida gubernamental que, al limitar la actividad comercial del inversionista, constituye una nacionalización o expropiación *indirecta*, o es *equivalente* a esas medidas. La inquietud radica en que pueda interpretarse que este artículo impide a los gobiernos regular la actividad comercial para proteger el medio ambiente, o la salud o la seguridad humanas, ejerciendo “poderes de policía” que tradicionalmente no se consideran expropiación en el derecho internacional.

En Estados Unidos, esta cuestión se ha convertido en un tema candente, bajo el título de “incautaciones regulatorias”. Se trata de un asunto constitucional, dimanante de la protección de la propiedad privada, y tiene especial importancia para la legislación ambiental por su repercusión sobre el uso de la tierra y de los bienes. Si el Artículo 1110 (1) se emplea con éxito para desafiar medidas de gobierno, representará un cortocircuito del proceso en marcha en ese país para resolver esta cuestión todavía problemática.

Lo que más preocupa en el contexto del TLC es la falta de orientaciones claras para ayudar a distinguir entre las incautaciones, que están sujetas a indemnización, y la regulación, que no lo está. Los analistas del estado actual del derecho internacional suelen apostar sobre la distinción, aun en el caso de medidas de aplicación general y carentes de todo factor discriminatorio o abusivo. Esto se debe, en parte, a que cada vez más, aun cuando sea laudable la *intención* o el *propósito* de una medida, el *efecto* real de la medida es la prueba que se usa para determinar su viabilidad. Esta “prueba de efectos” crea más incertidumbre todavía, en el contexto del carácter cambiante de la regulación ambiental, que supone necesariamente medidas orientadas hacia un objetivo, basadas en una actividad específica de cada sitio. Esas regulaciones, permisos o decisiones administrativas serán forzosamente desiguales en sus efectos económicos en todo el sector regulado.

La incertidumbre que prevalece en el derecho internacional general sobre esta cuestión se ve aumentada en el contexto del TLC por varias disposiciones exclusivas del tratado. Entre ellas, la definición extensiva de “medidas” que ya hemos mencionado, y una excepción específica para determinadas medidas de aplicación general (que suponen una voluntad de contemplar un espectro de aplicación más amplio que el que predomina normalmente). El tratado abre también nuevos horizontes al aplicar las disposiciones del Capítulo 11 a medidas generales de tributación y al incluir tres pruebas iniciales separadas de compensación: expropiación, expropiación indirecta y medidas equivalentes a la expropiación.

En último análisis, es difícil predecir cuál dentro de la amplia gama de medidas ambientales existentes o propuestas en los países del TLC podría considerarse como una expropiación. Esto tiene implicaciones inquietantes para la política ambiental. A diferencia del intercambio de bienes, la IDE es un proceso a largo plazo, que a menudo se extiende por varios decenios. La perspectiva de pagar una indemnización por los cambios en la regulación ambiental durante toda la duración de una inversión extranjera puede crear potencialmente un “congelamiento regulatorio”. Vale la pena señalar que los reclamos contra Canadá basados en el Capítulo 11 se han orientado inmediatamente a las únicas dos nuevas medidas jurídicamente obligatorias con incidencia importante sobre las operaciones comerciales adoptadas por el Gobierno federal del Canadá desde que entró en vigencia el TLC.

Sería muy inapropiado pagar sistemáticamente indemnización por los ajustes regulatorios. Esto significaría que el dinero de los contribuyentes tendría que usarse para pagar el derecho de un gobierno a proteger el medio ambiente, un resultado totalmente aberrante, teniendo en cuenta el prestigio creciente del principio “quien contamina, paga” en el derecho ambiental nacional e internacional. Asimismo, es incompatible con los objetivos del TLC: promover el desarrollo sustentable y la armonización y perfeccionamiento de las normas.

Las cuestiones de procedimiento

Tan inquietante como los riesgos fundamentales detallados anteriormente es el sigilo que rodea la iniciación y el manejo de las controversias entre el inversor y el estado: el llamado “cono de silencio” del TLC. No hay ninguna exigencia de mantener informado al público en las diversas etapas del proceso, como la nota de intención de litigar, el procedimiento de consulta o el comienzo del litigio. No se requiere a los gobiernos que den a publicidad los alegatos de las partes, e incluso pueden mantener en secreto los fallos definitivos. Dos de los tres gobiernos, por lo menos, han comenzado a revertir el sigilo, pero el proceso de cambio sigue siendo *ad hoc*.

El impacto negativo de esta falta de transparencia se ve agravado por dos factores clave, por lo menos, en el caso del TLC. Primero, el alcance de las medidas comprendidas por el TLC y las incertidumbres en la interpretación de las disposiciones significan que muchos casos van a trascender las estrechas disputas comerciales para convertirse en cuestiones medulares de política pública. Segundo, el Capítulo 11 permite negociaciones sobre

cuestiones que tendrán lugar únicamente entre el gobierno y los inversores extranjeros, en un contexto privilegiado y secreto.

La combinación de ambos factores contribuye a erosionar la legitimidad democrática del procedimiento, un aspecto fundamental de la promoción y el logro de un desarrollo sustentable. Sobre asuntos de amplio interés público, como son el medio ambiente, la salud y la seguridad, se requieren consultas con múltiples interesados, para que el gobierno pueda equilibrar los diversos intereses y determinar la política apropiada. Pero las controversias del Capítulo 11 involucran un proceso sigiloso en el cual el gobierno está disputando medidas de interés público a base de los intereses identificados por un solo actor y las soluciones sólo están a disposición de ese único tipo de actor. Esto otorga a los intereses privados extranjeros un acceso privilegiado y malsano al proceso de formulación de políticas, sin siquiera la responsabilidad que surge de la divulgación pública de las demandas. El procedimiento jurídico de la inversión permite que los actores empresarios elijan las cuestiones que van a litigar y los hechos que se adapten mejor a lograr una interpretación de las disposiciones aplicables orientada por el lucro y les permite hacerlo bajo el cono de silencio. Incluso les permite elegir uno de los tres árbitros.

El reconocimiento de las cuestiones por las Partes en el TLC

Las tres Partes en el TLC han reconocido, aunque en diversos grados, la importancia de esas cuestiones de fondo y de procedimiento. Los funcionarios de comercio examinaron las cuestiones en el otoño de 1998, con reuniones de seguimiento en diciembre y en enero y marzo de 1999. Si bien esas reuniones no dieron resultados, los ministros admitieron la necesidad de seguir realizándolas, después de su reunión en Ottawa, en abril de 1999.

Los ministros responsables del medio ambiente han reconocido también la necesidad de encarar los problemas, aunque menos directamente. Han admitido que los desafíos del Capítulo 11 “pueden suscitar importantes cuestiones ambientales” y han tomado nota de que hay funcionarios trabajando para definir el papel de la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) de América del Norte, ya que podría vincularse con el Consejo de la Comisión de Libre Comercio del TLC. Aunque todavía no hay consenso sobre la función que ejercería la CCA, se reconoce por lo menos la importancia de las cuestiones y la necesidad de considerar cómo podría contribuir.

Las tres Partes en el TLC participaron asimismo en las frustradas negociaciones sobre el AMI en la OCDE. En ese contexto, el presidente de las negociaciones señaló clara e inequívocamente la necesidad de lo que mencionó como consecuencias involuntarias del lenguaje del TLC.

Conclusiones y recomendaciones

Nuestro análisis indica que las disposiciones del Capítulo 11, destinadas a garantizar seguridad y previsibilidad a los inversionistas, han creado ahora incertidumbre e imprevisibilidad para los reguladores del medio ambiente (y otros). Varios factores contribuyen a este resultado: la posibilidad sin trabas de que un inversionista entable una

demanda, la incertidumbre en la interpretación de las disposiciones y las definiciones extensivas de las medidas comprendidas y de los inversionistas que pueden utilizar el procedimiento. El riesgo que representa esa incertidumbre, aumentado por el creciente uso estratégico de las disposiciones por parte de intereses privados, dificulta más la tarea del regulador ambiental y puede llevar a un congelamiento regulatorio. Es fundamental encarar estas cuestiones para ganar y mantener el apoyo del público en futuros esfuerzos de liberalización comercial y negociaciones sobre inversión, especialmente dada la ola agitada de sentimientos contra la mundialización.

No se recomienda el enfoque “esperemos a ver qué pasa”. Las incertidumbres jurídicas en las disciplinas del Capítulo 11 son intrínsecas al alcance y al lenguaje de las disposiciones adoptadas por los negociadores y no es probable que sean reducidas de modo importante por los arbitrajes pendientes. En todo caso, los paneles no están obligados a aceptar las interpretaciones de paneles anteriores, y es posible que las decisiones arbitrales definitivas ni siquiera sean publicadas para su estudio, lo cual dificulta cualquier tipo de jurisprudencia coherente.

Es igualmente importante ocuparse de las cuestiones procesales, revelando un procedimiento que afecta a cuestiones de amplio interés público y debería tener normas ordinarias de transparencia y responsabilidad. Si se mantiene el sigilo que permite el Capítulo 11, se intensificará la desconfianza del público acerca de otros procedimientos de comercio e inversión internacionales, como el ALCA y las posibles negociaciones de la Ronda Milenio en la OMC. Ya puede imputarse a la reticencia de los gobiernos para afrontar debidamente cuestiones de desarrollo sustentable el fracaso de dos procedimientos clave de intercambio e inversión internacionales: las negociaciones AMI de la OCDE y el otorgamiento de autorización para negociar por “vía rápida” en los E.U.A., un requisito previo para negociaciones comerciales internacionales significativas.

Está claro que las Partes deben reducir la incertidumbre creada por las disposiciones de fondo y de procedimiento del Capítulo 11. Esto debería hacerse mediante una declaración interpretativa de determinadas disposiciones específicas del Capítulo 11. Se trata de un mecanismo mencionado concretamente en el TLC, y sería jurídicamente obligatorio en todos los futuros paneles arbitrales. Lo importante es que esa declaración interpretativa no requiere una enmienda del TLC ni plantea riesgo alguno para otros capítulos o secciones del tratado.

El procedimiento para alcanzar las soluciones es tan importante como la decisión de hacerlo. En última instancia, la responsabilidad de encarar esta cuestión recae evidentemente en la Comisión de Libre Comercio del TLC. Pero los principios de desarrollo sustentable y sus requisitos de transparencia e inclusividad imponen que esas cuestiones pueden resolverse más eficazmente mediante un procedimiento abierto que coincida con la posición de franqueza que adopta el propio TLC. Un colaborador obvio es la CCA, que tiene el mandato de ayudar a desarrollar una relación constructiva entre los asuntos comerciales y los ambientales. Puede proporcionar valiosa asistencia e importante credibilidad pública a la Comisión de Libre Comercio al ocuparse de los problemas aquí destacados.

Se resumen a continuación las recomendaciones extraídas de este análisis:

1. Debe prestarse atención a las incertidumbres que rodean las obligaciones de fondo del Capítulo 11. Aunque quizás sea necesario todavía estudiar otras medidas a más largo plazo, se recomienda que las partes adopten un enfoque de gestión del riesgo, para reducir inmediatamente las incertidumbres y restablecer, en la medida de lo posible, la certeza y la previsibilidad en las actividades regulatorias de los gobiernos.

2. Dentro del Capítulo 11, una declaración interpretativa adoptada oficialmente por las tres Partes en el TLC es el único modo de establecer una interpretación jurídicamente obligatoria de cualquiera de las disposiciones del Capítulo 11. Se recomienda firmemente que las tres Partes en el TLC apliquen este enfoque en forma enérgica e inmediata.

3. Deberían retenerse dos amplios objetivos políticos para una declaración interpretativa. Primero, asegurar que se otorgue a los reguladores gubernamentales la certeza y previsibilidad para ejercer sus funciones sin la carga del alto grado de incertidumbre que surge actualmente de los riesgos asociados con las posibilidades imprevisibles del Capítulo 11. Segundo, mantener la seguridad básica del inversionista para desafiar las medidas gubernamentales que sean discriminatorias o carentes de *bona fides*, o expropiativas en el sentido clásico de desposeimiento.

4. Estos objetivos de política deberían alcanzarse mediante una declaración que:

- aclare el significado de la disciplina de trato nacional (y otras disciplinas no discriminatorias) en un contexto ambiental, ofreciendo una lista de ejemplos de factores ambientales que reconocen el contexto temporal y espacial de la regulación ambiental y que debería tenerse en cuenta en toda comparación para determinar si los inversionistas están “en circunstancias similares”;
- aclare la relación entre las medidas de intercambio ambiental y las prohibiciones de requisitos de desempeño del Capítulo 11; y
- aclare el alcance de las disposiciones sobre expropiación para excluir las medidas ambientales no discriminatorias, desviando así los posibles desafíos inversor-estado de las cuestiones de expropiación a las disciplinas de trato nacional y nivel mínimo de trato internacional.

5. Habría que afrontar el riesgo de un enfoque basado en el mercado, que domine la interpretación de la disciplina de trato nacional. El objetivo debería ser suministrar puntos de referencia concretos para establecer cuándo una conducta es discriminatoria o no, o constituye o no un trato “no menos favorable”. Esto es muy diferente de establecer una excepción legal en el caso de una conducta discriminatoria aceptable. El objetivo de la política legal es también establecer cuándo un tipo de regulación no constituye un requisito de desempeño o una medida comprendida en el Artículo 1110 sobre expropiación.

6. Debería insistirse más en las debidas cuestiones de procedimiento como base de comparación entre inversionistas extranjeros y nacionales.
7. Debería adoptarse una perspectiva a más largo plazo, con miras a restringir el alcance potencial del proceso inversionista-estado en la regulación del medio ambiente y del bienestar público, y asegurar plena transparencia y acceso del público a los procedimientos.
8. Se recomienda urgentemente que las tres Partes en el TLC adopten una línea de conducta enérgica a corto plazo para aplicar las normas procesales existentes en favor de la transparencia y el acceso del público en *toda* ocasión en que la forma de aplicarlas sea una cuestión de criterio. Cuando el TLC o las correspondientes normas de arbitraje no exijan expresamente reserva, las Partes deberían asegurar el acceso del público y la disponibilidad de la máxima cantidad de documentos e información. La falta de un enfoque convenido no debería inducir a cada una de las partes a abstenerse de continuar aplicando unilateralmente esos enfoques.
9. Cuando se requiera el acuerdo de las partes contendientes o de un panel arbitral para conceder acceso público a los materiales, asistir a las audiencias o presentar alegatos a título de tercero influyente, ese acuerdo debería ser solicitado activamente por las tres Partes en el TLC. A los inversionistas individuales que usen el sistema y deseen mantener el secreto, se les debería exigir que lo justifiquen. Esto puede hacerse por acuerdo de las partes o unilateralmente.
10. Cada parte debería constituir grupos de trabajo nacionales con participación de los interesados correspondientes, que lleven a formular propuestas concretas de los gobiernos para una negociación detallada pero oportuna.
11. Esas negociaciones deberían realizarse de manera transparente y en colaboración con la CCA. A falta de una secretaría independiente y centralizada del TLC, la Secretaría de la CCA puede ofrecer una función secretarial organizada e instalaciones apropiadas para celebrar reuniones, tanto públicas como privadas, destinadas a ocuparse de esta cuestión.