

***CAPÍTULO 11 DEL TLCAN Y
LOS LITIGIOS DE INVERSIONISTAS CONTRA ESTADOS***

**LECCIONES PARA EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE
CENTROAMÉRICA**



Octubre 2005

© 2005 Observatorio Mundial del Comercio (Global Trade Watch). Todos los derechos reservados. Ninguna parte de este documento debe reproducirse o utilizarse de ninguna manera ni por ningún medio electrónico o mecánico, inclusive fotográfico o grabado, o por sistemas de búsqueda e intercambio de información, sin el consentimiento expreso por escrito de los autores.

Public Citizen, código de la publicación: E9017

Public Citizen es una asociación de miembros, sin fines de lucro, con sede en Washington, D.C., dedicada a defender los derechos de los consumidores a través del cabildeo, litigación, investigación, publicaciones y servicios de información. Desde su fundación en 1971 por Ralph Nader, Public Citizen ha luchado por los derechos de los consumidores en el mercado, por sistemas de salud seguros e inofensivos, por un comercio justo, por fuentes de energía limpias y seguras, y para que las empresas y el gobierno rindan cuenta de sus actos. Visite nuestro sitio web en <http://www.citizen.org>.

Agradecimientos: El presente informe fue redactado por Mary Bottari y Lori Wallach. Este informe se basa en una publicación anterior escrita por Bottari, Wallach y Waskow titulada “El Historial del Capítulo 11 del TLCAN sobre Inversiones y las Demandas Judiciales de Empresas contra Gobiernos” (Public Citizen, 2001).

Se puede solicitar copias adicionales de este documento a:

Public Citizen’s Global Trade Watch
215 Pennsylvania Ave SE, Washington, DC 20003
Tel. (202) 546-4996

Otras publicaciones del Observatorio Mundial del Comercio de Public Citizen:

NAFTA’s Threat to Sovereignty and Democracy: The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005 (Febrero 2005)

Otra América es Posible: El Impacto del NAFTA sobre la Comunidad Latina en EE.UU. y Lecciones para Futuros Acuerdos Comerciales, escrito con el *Labor Council for Latin American Advancement* (Consejo sindical para el avance del trabajador latinoamericano) (Agosto 2004)

Whose Trade Organization?: A Comprehensive Guide to the WTO (New Press, 2004)

No FTAA: Everything You Need to Know to Stop NAFTA Expansion (Noviembre 2003)

The WTO Comes to Dinner: U.S. Implementation of Trade Rules Bypasses Food Safety Requirements (Julio 2003)

Trade Adjustment Assistance: Too Little Too Late (Agosto 2002)

El historial del Capítulo 11 del TLCAN y las Demandas Judiciales de Empresas contra Gobiernos (Septiembre 2001) (*también en portugués*)

Down on the Farm: NAFTA’s Seven-Years War on Farmers and Ranchers in the U.S., Canada and Mexico (Junio 2001) (*español*)

ÍNDICE

TABLA DE CASOS Y DEMANDAS INVERSIONISTA-ESTADO AMPARADOS EN EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN.....	1
RESUMEN EJECUTIVO.....	12
I. ANTECEDENTES.....	26
-Los inversionistas y sus nuevos derechos y privilegios bajo el TLCAN.....	28
-El sistema empresarial de solución de controversias del TLCAN:	
-Ejecución privada de un tratado público.....	30
-Aumentan las críticas al Capítulo 11 y los ministros de comercio del	
-TLCAN emiten una “declaración interpretativa”.....	32
-TBI: uno tras otro los tratados bilaterales de inversiones están socavando	
la soberanía latinoamericana.....	35
II. LITIGIOS Y CASOS MÁS IMPORTANTES DEL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN.....	43
-Ethyl vs Canadá: Aditivo MMT para gasolinas.....	43
-Loewen vs Estados Unidos: Conglomerado funerario.....	46
-Metalclad vs México: Vertedero de Desechos Tóxicos.....	51
-Gami, Corn Products, ADM & Staley vs México: Casos de edulcorantes.....	55
-S.D. Myers vs Canadá: Tratamiento de desechos PCB tóxicos.....	60
-UPS vs Canadá: Servicios Postales Nacionales.....	64
III. NUEVAS DEMANDAS DE INTERÉS PÚBLICO AMPARADAS EN EL TLCAN.....	68
-‘Ganaderos Canadienses por el Comercio Justo’ vs Estados Unidos:	
Enfermedad de la vaca loca.....	68
-Glamis Gold vs Estados Unidos: Minería y cultura.....	73
-Thunderbird Gaming vs México: Juegos de Azar.....	76
IV. OTROS CASOS Y DEMANDAS AMPARADOS EN EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN.....	79
-Karpa (Feldman) vs México: Impuestos a la exportación de cigarrillos.....	79
-Waste Management vs México: Contrato de eliminación de residuos	
municipales.....	79
-Bayview Irrigation District y otros vs México: Derechos sobre el agua.....	81
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	82
VI. NOTAS.....	93

TABLA DE CASOS Y DEMANDAS INVERSIONISTA-ESTADO AMPARADOS EN EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

Febrero de 2005

<p>Claves</p> <p>** Indica la fecha de registro de la Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje, que es el primer paso del proceso ‘inversionista – Estado’, cuando el inversionista le notifica a un gobierno su intención de entablarle una demanda asociada al Capítulo 11 del TLCAN.</p> <p>* Indica la fecha de registro de la Notificación del Arbitraje, que es el segundo paso del proceso ‘inversionista – Estado’, cuando el inversionista le notifica al organismo arbitral que está listo para iniciar el arbitraje, amparado en el Capítulo 11 del TLCAN.</p> <p>Las dos sedes para el arbitraje de las disputas del Capítulo 11 del TLCAN son el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones del Banco Mundial (CIADI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).</p>				
Empresa o Inversionista	Sede	Indemnización Reclamada (US\$)	Estado de Situación	Tema

Casos y Demandas contra EE.UU.

Loewen Oct. 30, 1998*	CIADI	\$725 millones	Rechazado	Conglomerado funerario canadiense impugna la indemnización que le impuso el jurado de un Juzgado estadual de Mississippi, EE.UU., en un juicio contractual iniciado por una empresa local que sostenía que Loewen desarrollaba prácticas comerciales predatorias y anti-competitivas. Junio de 2003 -- Demanda rechazada por cuestiones de procedimiento. El tribunal dictaminó que la reorganización de Loewen como empresa estadounidense según las leyes de bancarrota estadounidenses la inhabilitaban para elevar este caso como inversionista extranjero amparándose en el TLCAN.
Mondev Sept. 1, 1999*	CIADI	\$50 millones	Rechazado	Empresa canadiense de desarrollo inmobiliario impugna las acciones de la Ciudad de Boston en disputa contractual inmobiliaria, así como la sentencia adversa de la Corte Suprema de Massachussets, EE.UU., que le denegó indemnización a la empresa afirmando que las acciones de la ciudad estaban protegidas por el principio de inmunidad soberana. Octubre de 2002 -- Demanda rechazada por cuestiones de procedimiento. El tribunal dictaminó que la mayor parte de los reclamos

				de Mondev, incluso el de expropiación, eran extra-temporales, es decir, que la controversia que daba lugar a la demanda antecedía al TLCAN en el tiempo, y que los fallos de la Corte Suprema estaban bien fundados en la legislación estadual.
Methanex Diciembre. 3, 1999*	CNUDMI	\$970 millones	Pendiente	Empresa canadiense que produce metanol, un componente químico del aditivo MTBE para gasolinas, impugna la eliminación progresiva del aditivo para gasolinas MTBE dispuesto en California, EE.UU., habida cuenta que contamina el agua potable en todo el estado. Agosto de 2002 -- Fallo del tribunal competente indica que debido a que Methanex produce solamente uno de los componentes del MTBE, metanol, y no el producto aditivo en sí, la empresa esta muy “distante” de la prohibición del MTBE como para calificar como empresa perjudicada por dicha prohibición, sugiriendo que ciertos productores de MTBE podrían calificar para elevar demandas semejantes amparadas en el TLCAN. Se autoriza a Methanex para que vuelva a presentar el caso demostrando cómo la prohibición del MTBE estaba dirigida específicamente a los productores de metanol, en lugar de solamente afectarlos. El gobierno de Estados Unidos gastó hasta la fecha US\$ 3 millones en gastos de defensa legal en este caso que los partidarios del TLCAN quisieran ver rechazado definitivamente por razones técnicas, temiendo las consecuencias políticas que podría tener un triunfo de Methanex.
Grupo ADF Julio 19, 2000*	CIADI	\$90 millones	Rechazado	Empresario canadiense del acero impugna la cláusula de “Compre Estadounidense” en contrato de construcción de una autopista en el estado de Virginia, EEUU. Enero de 2003 -- Demanda rechazada por cuestiones de procedimiento. El tribunal dictaminó que el eje de la demanda era un problema de “contratación pública”, razón por la cual era de jurisdicción de las disposiciones sobre contratación pública contenidas en el Capítulo 10 del TLCAN, no del Capítulo 11.
James Baird Marzo 15, 2002**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$13.000 millones		Inversionista canadiense impugna la política estadounidense de eliminación de desechos nucleares en el sitio conocido como Yuca Mountain, en Nevada, EE.UU. El inversionista sostiene que posee patentes sobre métodos y ubicación alternativos para la eliminación de desechos.

Doman Mayo 1, 2002**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$513 millones		Empresa canadiense reclama daños y perjuicios por las medidas ‘anti-dumping’ y los aranceles aplicados a las importaciones de maderas blandas canadienses, impuestos por EE.UU. en mayo de 2002.
Canfor Julio 9, 2002*	CNUDMI	\$250 millones	Pendiente	Empresa canadiense reclama daños y perjuicios por las medidas ‘anti-dumping’ y los aranceles aplicados a las importaciones de maderas blandas canadienses, impuestos por EE.UU. en mayo de 2002.

Kenex Agosto 2, 2002*	CNUDMI	\$20 millones	Pendiente	Empresa canadiense productora de cáñamo impugna las nuevas reglas de la DEA (agencia anti-drogas) que criminalizan la importación de alimentos derivados del cáñamo. En 2004 la empresa ganó un caso en la Corte Federal estadounidense, acusando a la agencia de haber transgredido su autoridad estatutaria al promulgar esas reglas. Estado de situación de este caso en el TLCAN, incierto.
Ontario Limited Septiembre 9, 2002*	El arbitraje no ha comenzado aún	\$38 millones		Empresa canadiense reclama que se le devuelvan sus propiedades después que sus salones de Bingo y sus archivos financieros fueran embargados en el curso de una investigación por violación de la Ley RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act – Ley sobre organizaciones corruptas e influenciadas por estafadores) del estado de Florida, EEUU.
Tembec Diciembre 3, 2003*	CNUDMI	\$200 millones	Pendiente	Empresa canadiense reclama daños y perjuicios por las medidas ‘anti-dumping’ y los aranceles aplicados a las importaciones de maderas blandas canadienses, impuestos por EE.UU. en mayo de 2002.
Glamis Gold Diciembre 9, 2003*	CNUDMI	\$50 millones	Pendiente	Empresa canadiense reclama indemnización por una normativa de California que exige el relleno y la restauración de las minas a cielo abierto que dañarían sitios sagrados de los Nativos Americanos.
Grand River Marzo 10, 2004*	CNUDMI	\$340 millones	Pendiente	Pequeña empresa tabacalera canadiense reclama indemnización en demanda contra los convenios tabacaleros de EE.UU. que exigen que las empresas tabacaleras contribuyan a los fondos de garantía establecidos por las leyes estatales.
Terminal Forest Products Marzo 30,	CNUDMI	\$90 millones	Pendiente	Empresa canadiense reclama daños y perjuicios por las medidas ‘anti-dumping’ y los aranceles aplicados a las importaciones de maderas blandas canadienses, impuestos por EE.UU. en

2004*				mayo de 2002.
Canadian Cattlemen for Fair Trade Agosto 12, 2004**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$300 millones		Grupo de ganaderos canadienses y propietarios de criaderos industriales de ganado de engorde (<i>feedlot</i>) reclaman indemnización por las pérdidas ocasionadas por la prohibición de EE.UU. a las importaciones de ganado en pie canadiense, luego de que se descubriera un caso de EEB (enfermedad de la vaca loca) en Canadá, en mayo de 2003.

Casos y Demandas contra Canadá

Signa Marzo 4, 1996*	Nunca se inició el arbitraje	\$40 millones		Fabricante mexicano de productos farmacéuticos entabla juicio contra la ley canadiense de patentes que prohíbe la fabricación de un equivalente genérico del antibiótico de amplio espectro CIPRO. Poco se sabe sobre el destino de este caso.
Ethyl Abril 14, 1997*	CNUDMI	\$250 millones	Laudado; Ethyl ganó \$13 millones	Empresa química de EE.UU. impugna regulación ambiental canadiense del aditivo para gasolinas MMT. Julio de 1998 – Canadá pierde el caso por fallo del tribunal competente del TLCAN, deroga la prohibición, y paga \$13 millones de indemnización y por concepto de honorarios legales a Ethyl.
S.D. Myers Octubre 30, 1998*	CNUDMI	\$20 millones	S.D. Myers ganó \$4,8 millones	Empresa estadounidense de tratamiento de desechos impugna prohibición canadiense a las exportaciones de PCB, de conformidad con acuerdo ambiental multilateral sobre comercio de desechos tóxicos. Noviembre de 2000 – un tribunal del TLCAN desestima la demanda de S.D.Myers por expropiación, pero da lugar a sus reclamaciones de discriminación y equipara esta violación a la violación de las reglas sobre nivel mínimo de trato exigidas por la legislación internacional. El panel también declara que una “cuota de mercado” puede representar una inversión protegida bajo el TLCAN.
Pope & Talbot Marzo 25, 1999*	CNUDMI	\$381 millones	P&T ganó \$582.000	Empresa maderera de EE.UU. impugna la aplicación canadiense del Acuerdo sobre Maderas Blandas, firmado en 1996 por EE.UU. y Canadá. Abril de 2001 – Tribunal del TLCAN

				desestima las demandas por expropiación y discriminación, pero da lugar a que la conducta ofensiva de los funcionarios gubernamentales canadienses, que pretendían verificar que la empresa estuviese cumpliendo con el Acuerdo sobre Maderas Blandas, constituye una violación del nivel mínimo de trato exigido por el TLCAN para los inversionistas extranjeros. El tribunal declara asimismo que el “acceso al mercado” también podría considerarse como una inversión protegida bajo el TLCAN.
UPS Abril 19, 1999*	CNUDMI	\$160 millones	Pendiente	UPS reclama que el servicio postal canadiense de entrega de paquetes, en su condición de servicio público, dispone de subsidios que son ilícitos bajo el TLCAN y socavan la cuota de mercado de UPS como empresa privada extranjera competidora.
Sun Belt Octubre 12, 1999*	El arbitraje no ha comenzado aún	\$10.000 millones	Desconocido	Empresa estadounidense de negocios con el agua impugna la moratoria de provincia canadiense (Columbia Británica) a la exportación de agua bruta.
Ketchum and Tysa Investments Diciembre 22, 2000**	Nunca se inició el arbitraje			Empresa maderera de EE.UU. impugna la aplicación canadiense del Acuerdo sobre Maderas Blandas, firmado en 1996 por EE.UU. y Canadá. Luego la empresa desiste, quizás debido a que otro caso similar -Pope & Talbot- no tuvo demasiado éxito.
Trammel Crow Septiembre 7, 2001**	Nunca se inició el arbitraje	\$32 millones	Resuelto	Empresa inmobiliaria de Estados Unidos presenta una demanda por discriminación en el proceso de licitación competitiva del correo de Canadá. Las partes llegaron a un acuerdo en 2002.
Crompton Noviembre 6, 2001**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$100 millones		Empresa química de EE.UU., productora del plaguicida lindano –un contaminante orgánico persistente peligroso—impugna acuerdo voluntario establecido en Canadá para restringir la producción del tóxico.
Albert J. Connolly Febrero 19, 2004*	El arbitraje no ha comenzado aún	Valor de la propiedad expropiada		Inversionista de EE.UU. alega que su propiedad fue expropiada por el gobierno canadiense para convertirla en parque.

Casos y Demandas contra México

<p>Amtrade International Abril 21, 1995**</p>	<p>El arbitraje nunca comenzó</p>	<p>\$20 millones</p>		<p>Empresa estadounidense alega haber sido discriminada por una empresa mexicana cuando intentaba licitar porciones de propiedad, violando un acuerdo pre-existente. Se sabe muy poco sobre este caso.</p>
<p>Metalclad Enero 13, 1997*</p>	<p>CIADI</p>	<p>\$90 millones</p>	<p>Metalclad ganó, \$15,6 millones</p>	<p>Empresa de EE.UU. impugna la decisión del municipio mexicano de Guadalupe de denegarle permiso de construcción para un vertedero de desechos tóxicos, y la declaratoria del sitio como reserva ecológica por parte del gobernador. Agosto de 2000 – un tribunal del TLCAN dictaminó que la denegación del permiso de construcción y la creación de una reserva ecológica son equivalentes a una expropiación “indirecta” y que México violó el nivel mínimo de trato garantizado a los inversionistas extranjeros porque a la empresa no se le brindó un marco regulatorio “claro y predecible”. En octubre de 2000, el gobierno Mexicano recusó el fallo del TLCAN en una corte canadiense alegando error en el arbitraje. Un juez canadiense dictaminó que el tribunal erró en parte, al trasladar los requisitos de transparencia del Capítulo 18 del TLCAN al Capítulo 11 y redujo la indemnización en 1 millón de dólares. En 2004, por decisión de la Suprema Corte de México, el gobierno nacional mexicano fracasó en su intento de imputarle la responsabilidad financiera del caso al gobierno estatal.</p>
<p>Azinian, et. al Marzo 10, 1997*</p>	<p>CIADI</p>	<p>\$19 millones</p>	<p>Rechazado</p>	<p>Inversionistas de EE.UU. impugnan la revocación del contrato de recolección de desechos de la Ciudad de Naucalpan y la decisión de un Juzgado Federal mexicano que avaló la revocación de ese contrato.</p>

				Noviembre de 1999 – Demanda denegada. El tribunal del TLCAN dictaminó que la firma entregó información fraudulenta respecto a su experiencia y capacidad para cumplir con el contrato, y no sostuvo la demanda por expropiación y trato injusto.
Waste Management Septiembre 29, 1998* Reiterada en Septiembre 18, 2000*	CIADI	\$60 millones	Rechazado	Empresa gigante estadounidense de eliminación de desechos demanda a la Ciudad de Acapulco por revocar concesión para la eliminación de desechos, implicando también a las cortes mexicanas y las acciones de los bancos del gobierno de México. Abril de 2004 – Demanda denegada. El tribunal consideró que el plan de negocios del inversionista estaba basado en premisas no sustentables, y que ninguno de los órganos de gobierno nombrados en la denuncia faltó a su obligación de brindarle nivel mínimo de trato y que las acciones de la ciudad no representaban una expropiación.
Karpa (Feldman) Abril 7, 1999*	CIADI	\$50 millones	Karpa ganó \$1,5 millones	Exportador estadounidense de cigarrillos impugna negativa del gobierno mexicano a deducir impuestos de exportación. Diciembre de 2002 – El tribunal rechazó la demanda por expropiación pero sostuvo la demanda por discriminación luego de que el gobierno mexicano no presentara evidencias de que la firma había recibido un nivel de trato similar a las empresas mexicanas, en “circunstancias similares”. Karpa intentó llevar este caso ante un Juzgado de Canadá, pero el caso fue denegado por un juez canadiense.
Scott Ashton Blair Mayo 21, 1999**	El arbitraje nunca comenzó	Valor de las propiedades que posee		Inversionista estadounidense compró una residencia y un restaurante en México y denuncia que fue acosado por funcionarios del gobierno de México y llevado a prisión injustamente por ser ciudadano de EE.UU.
Adams, et. al	CNUDMI	\$75 millones		Propietarios de tierra

Febrero 16, 2001*				estadounidenses impugnan dictamen de juzgado mexicano que decidió que el promotor inmobiliario que les vendió tierras no poseía las tierras y, por ende, no podía traspasarlas en compraventa.
Lomas Santa Fe Agosto 28, 2001**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$210 millones		Una empresa estadounidense de desarrollo urbanístico alega haber sido discriminada por el gobierno mexicano y haber sufrido la expropiación de tierras destinadas al desarrollo urbanístico. Implica también la decisión adversa de un Juzgado de México.
Fireman's Fund Octubre 30, 2001*	CIADI	\$50 millones	Pendiente	Empresa aseguradora de EE.UU. alega que la manera en que México manejó la emisión de bonos o títulos de crédito (<i>debentures</i>) para capitalizar un banco fue discriminatoria.
Francis Kenneth Haas Diciembre 12, 2001**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$17 millones		Ciudadano estadounidense alega haber sido engañado y privado de sus derechos en una empresa de inversiones de la que era copropietario con socios mexicanos. También involucra a funcionarios del gobierno mexicano.
GAMI Investments Abril 9, 2002*	CNUDMI	\$55 millones	Rechazado	Inversionistas estadounidenses minoritarios en ingenios azucareros mexicanos, demandan al gobierno de México por no garantizar la rentabilidad de los ingenios, y por la expropiación de 5 ingenios fuertemente endeudados en septiembre de 2001. Un tribunal del TLCAN denegó todos los cargos en noviembre de 2004, tras la decisión de la Suprema Corte mexicana de revertir las expropiaciones en cuestión.
Thunderbird Gaming Agosto 1, 2002*	CNUDMI	\$100 millones	Pendiente	Empresa canadiense operadora de tres locales de apuestas por video en México impugna la clausura de sus locales. Casi todos los juegos de azar son ilegales en México.
Robert J. Frank Agosto 5, 2002*	CNUDMI	\$1,5 millones		Ciudadano de EE.UU. demanda a autoridades mexicanas por confiscación de una propiedad de recreo supuestamente suya en Baja California, México.

Calmark Fecha no disponible**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$400.000		Empresa estadounidense impugna decisiones de juzgado mexicano referidas a proyecto de desarrollo urbanístico para el Cabo San Lucas, alegando que varios individuos privaron fraudulentamente a la empresa de sus propiedades e indemnizaciones.
Halchette 1995	No hay documentación pública disponible	Desconocida		Halchette, una empresa estadounidense que opera concesiones de servicios aeroportuarios en México presentó una notificación de demanda. Se desconoce el destino de este caso.
ADM y A.E. Staley Octubre 13, 2003**	Desconocida	\$100 millones		Gigantesca empresa estadounidense de agronegocios, líder en la producción de almíbar de maíz rico en fructosa (HFCS por su sigla en inglés) utilizado como edulcorante por la industria de bebidas gaseosas, reclama indemnización al gobierno mexicano por la imposición de un impuesto supuestamente discriminatorio contra su filial en México y contra las exportaciones de HFCS a México.
Corn Products Octubre 21, 2003**	CIADI	\$325 millones		Gigantesca empresa estadounidense de agronegocios, líder en la producción de almíbar de maíz rico en fructosa (HFCS por su sigla en inglés) utilizado como edulcorante por la industria de bebidas gaseosas, reclama indemnización al gobierno mexicano por la imposición de un impuesto supuestamente discriminatorio contra su filial en México y contra las exportaciones de HFCS a México.
Bayview Irrigation Agosto 27, 2004**	El arbitraje no ha comenzado aún	\$550 millones		17 propietarios de derechos de agua de EE.UU. demandan a México por no haber aplicado supuestamente un tratado de 1944 sobre aguas compartidas que reglamenta el uso de las aguas del Río Grande.

Resumen

Total de demandas presentadas contra las 3 Partes del TLCAN:	42 Casos	\$28 mil millones		Nota: Este monto excluye aquellos casos donde ya se laudó una indemnización, e incluye las demandas de Baird y Sun Belt que son desproporcionadamente altas. Sin considerar a Baird y Sun Belt, las demandas contra las tres Partes del TLCAN suman un total de \$5 mil millones.
Total de casos actualmente en proceso activo de arbitraje	11 Casos			7 contra Estados Unidos, 1 contra Canadá y 3 contra México.
Casos rechazados (ganados por los gobiernos del TLCAN)	6 Casos			Loewen, Mondeve, ADF, Azinian, Waste Management, GAMI.
Casos ganados por los inversionistas	5 Casos	Indemnizaciones por \$35 millones		Ethyl, S.D. Myers, Pope&Talbot, Metalclad, Karpa (Feldman).

RESUMEN EJECUTIVO

Hace once años, después de un encendido debate, entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre Estados Unidos, Canadá y México.¹ Aunque el TLCAN fue catalogado como un acuerdo "comercial", gran parte de su contenido se centra en temas de inversiones. El tratado establece los derechos de los inversionistas extranjeros dentro de los países del TLCAN respecto de la adquisición, propiedad y operación de las amplias categorías de "inversiones" comprendidas en la definición del TLCAN, y restringe la capacidad de los gobiernos de legislar y aplicar las normas a los inversionistas y sus inversiones.

Los partidarios del TLCAN lograron enmarcar el debate en términos dogmáticos. Los detractores que plantearon inquietudes sobre disposiciones específicas fueron calificados en general como proteccionistas, temerosos y retrógrados, a la vez que los promotores del TLCAN prometían grandes beneficios, aunque muy vagos. Como consecuencia, muy pocas personas se enteraron de que el TLCAN contenía una serie de aspectos experimentales muy fundamentales, nunca antes incluidos en un acuerdo de libre comercio de los Estados Unidos.

Entre los aspectos más asombrosos del tratado están las reglas de inversiones del Capítulo 11. Allí se exige a los países signatarios que proporcionen amplios derechos y privilegios a los inversionistas extranjeros, otorgándoles el poder de hacer valer estos derechos mediante su ejecución forzada en el ámbito privado y de reclamar a los gobiernos la indemnización en efectivo por los daños y perjuicios originados en acciones de éstos, que a juicio de los inversionistas extranjeros violen los privilegios consagrados en el TLCAN. Estos casos se deciden ante tribunales arbitrales privados "inversionista-Estado", que funcionan fuera de los sistemas judiciales nacionales, pero se pueden exigir y obtener millones de dólares de los contribuyentes por concepto de indemnizaciones. Estas reglas del TLCAN otorgan a las empresas extranjeras mayores derechos que los que tienen las empresas nacionales en el marco de la legislación nacional.

Este informe titulado 'Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversionistas contra Estados: Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica', analiza los 42 casos y demandas presentados hasta la fecha en el marco del TLCAN (muchos de los cuales todavía no se han difundido públicamente), en los cuales los inversionistas extranjeros han exigido el pago de una indemnización a países del TLCAN. Los antecedentes de los casos demuestran una variedad de ataques a políticas públicas y a la actividad gubernamental normal en todos los niveles de gobierno: nacional, estadual y municipal. Si bien estos casos presentados en el marco del TLCAN tienen que ver con políticas públicas corrientes, el proceso del sistema inversionista-Estado se realiza a puertas cerradas, sin que se rinda cuentas a nadie. Los ciudadanos cuyas políticas son impugnadas no tienen vías de participación significativa, ni tampoco las tienen los funcionarios estatales electos para representarlos. Se puede recurrir las decisiones judiciales y revertir el fallo de un jurado de cualquier país miembro, sin embargo ningún juez ni jurado está habilitado a participar en los tribunales arbitrales privados del TLCAN.

Hasta la fecha, los inversionistas privados han recibido compensaciones monetarias en cinco casos y en seis casos se han rechazado sus demandas. Si bien la cantidad de casos concluidos es baja, es de destacar que los tribunales del TLCAN ya le han otorgado US\$ 35 millones a inversionistas extranjeros por concepto de indemnizaciones que los gobiernos han tenido que pagar como parte de acuerdos de conciliación, a menudo sobre demandas que no hubieran sido admitidas en el marco de la legislación nacional o en juzgados nacionales. Hay demandas en curso por US\$ 28 mil millones más, presentadas por inversionistas del TLCAN (por más información consultar la "Tabla de casos y demandas amparados en el Capítulo 11 del TLCAN" al inicio del informe). Además, los

gobiernos del TLCAN han debido afrontar gastos millonarios para cubrir los costos legales de su defensa frente a los inversionistas extranjeros demandantes.

Las conclusiones del estudio demuestran que este modelo que otorga amplios privilegios al inversionista extranjero y los acompaña con un sistema de aplicación forzada en el ámbito jurídico privado por fuera del sistema judicial nacional, no debe repetirse en nuevos acuerdos. Durante los últimos años, a medida que las noticias de algunos de los casos más controvertidos han llegado a los titulares de la prensa, políticos, juristas, funcionarios locales electos y contribuyentes han planteado una serie de cuestionamientos graves sobre la legitimidad del sistema privado de solución de controversias en casos que involucran el interés público.

Sin embargo, en la actualidad, la administración Bush promueve una ampliación del TLCAN a seis países más, en el llamado Tratado de Libre Comercio de América Central (TLCAC o CAFTA por sus siglas en inglés).² Como se describe en este informe, la mayoría de los problemas planteados con respecto a la protección al inversionista extranjero en el Capítulo 11 del TLCAN no fueron solucionados en el capítulo de inversiones del TLCAC (Capítulo 10), que podría exponer a los gobiernos del TLCAC a las demandas de inversionistas extranjeros –incluyendo a subsidiarias extranjeras de firma nacionales- de seis países adicionales, y asimismo exponer a los signatarios del TLCAC y la República Dominicana a ataques similares.

El modelo de protección al inversionista del TLCAN otorga "mayores derechos" a los inversionistas extranjeros para impugnar las políticas y decisiones de los gobiernos

Se ha descrito al Capítulo 11 del TLCAN como una "invención legal extraordinaria",³ en gran parte porque otorga a los inversionistas extranjeros derechos significativamente mayores que los que disfrutaban las empresas nacionales. En primer lugar, la protección que supone la inmunidad soberana –ese antiguo principio del derecho consuetudinario según el cual los gobiernos no pueden ser demandados por cierto tipo de actividades—no se aplica en el sistema de tribunales privados inversionista-Estado. Eso significa que los inversionistas extranjeros a menudo están legalmente habilitados a iniciar acciones judiciales demandando el pago de indemnizaciones en efectivo por la aplicación de políticas nacionales, estatales y municipales en circunstancias en las que los residentes y las empresas nacionales no tendrían ese derecho. En segundo lugar, el modelo TLCAN-TLCAC exige a los gobiernos signatarios que proporcionen al inversionista extranjero una variedad de derechos sustantivos que exceden los que tienen las empresas nacionales en función de la legislación nacional. Si no recibe este trato, el inversionista puede demandar a los gobiernos por incumplimiento y exigir el pago en efectivo de daños y perjuicios por la violación de los derechos del inversionista extranjero.

De hecho muchas de las demandas presentadas por inversionistas extranjeros ante los tribunales arbitrales del TLCAN serían desestimadas en el marco de las leyes nacionales de los países del TLCAN. Por ejemplo, las "expropiaciones" denunciadas al amparo de las protecciones al inversionista extranjero del TLCAN no tienen nada que ver con la "nacionalización" o la confiscación de bienes inmuebles por parte del Estado con las que generalmente se asocia el término. Ni son similares a los casos de "expropiación" comunes en muchos sistemas judiciales nacionales.

Por ejemplo, la "cláusula sobre expropiación" de la Quinta Enmienda de la Constitución de EE.UU. establece que "ninguna propiedad privada puede ser expropiada para uso público sin una compensación justa". Políticas similares existen en otros países del TLCAN y el TLCAC. La doctrina de la expropiación ha sido utilizada para facilitar la construcción de calles y carreteras,

empresas públicas, tendidos eléctricos, estadios deportivos y otras obras de infraestructura pública. Según esta doctrina, el gobierno puede tomar propiedad privada para uso público en caso de existir un interés público. La decisión de expropiar se toma garantizando el debido proceso al propietario de la propiedad expropiada y éste recibe una indemnización.

Las empresas y los grupos anti-ambientalistas conservadores han trabajado durante dos décadas intentando ampliar la noción de expropiación para que abarque lo que se denomina "regulaciones expropiatorias". El objetivo es exigir que los gobiernos indemnicen a los dueños de una propiedad privada toda vez que las normativas referidas al medioambiente, al uso de la tierra u a otros temas de interés público, tengan un impacto tangencial en el valor de la propiedad, y de esta forma ejercer presión para revertir estas medidas de interés público. Pero estos casos han tenido muy poco andamiento en los juzgados nacionales. La Suprema Corte de EE.UU., por ejemplo, ha establecido barreras sustantivas y procesales importantes en el camino de los propietarios que buscan indemnización por concepto de "regulaciones expropiatorias". Sin embargo, en el marco del modelo de protecciones al inversionista que establecen el TLCAN y el TLCAC, las empresas y los inversionistas extranjeros pueden utilizar la expresión "expropiación indirecta" para presentar demandas contra "regulaciones expropiatorias" que no serían admitidas por los juzgados nacionales.

Los inversionistas empresariales de los tres países del TLCAN han utilizado estos nuevos derechos para impugnar diversas políticas nacionales, estatales y municipales como violaciones al tratado, por ejemplo:

- La negativa de un gobierno municipal mexicano de expedir un permiso para la construcción de un vertedero de desechos tóxicos y la posterior iniciativa del gobernador de declarar el sitio como reserva ecológica, fueron juzgadas por un tribunal del TLCAN como expropiaciones indirectas violatorias del tratado. Finalmente, el gobierno mexicano recibió la orden de pagar a la empresa Metalclad con sede en California, la suma de US\$ 15,6 millones de indemnización, un monto muy grande si se considera el presupuesto destinado a la protección del medioambiente en México;
- En tres ocasiones, medidas de eliminación de toxinas sospechosas para el medioambiente y la salud, decididas por los gobiernos (por ejemplo la eliminación del peligroso plaguicida Lindano en Canadá, y la prohibición del gobierno de California sobre el MTBE -aditivo de la gasolina y contaminante del agua) fueron impugnadas como expropiaciones, utilizando el mecanismo de arbitraje inversionista- Estado. El gobierno de Canadá revirtió su prohibición sobre otro aditivo de la gasolina, el MMT, y pagó 13 millones de dólares a Ethyl Corporation -la empresa que amparada en el Capítulo 11 del TLCAN, presentó la demanda contra la prohibición. Los otros casos están pendientes de resolución.
- La aplicación en Canadá de dos acuerdos internacionales -Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y el Acuerdo sobre Maderas Blandas celebrado entre EE.UU. y Canadá- fue impugnada con éxito utilizando el mecanismo inversionista-Estado del TLCAN y en ambos casos se indemnizó al inversionista por daños y perjuicios. Cuando Canadá cerró su frontera al comercio de policlorobifenilos (PCB) tóxicos amparándose en el Convenio de Basilea, un tribunal del TLCAN ordenó al gobierno canadiense pagar a la empresa estadounidense S.D. Meyers la suma de US\$ 4,8 millones por la pérdida de oportunidades comerciales sufrida. Otra empresa estadounidense, Pope & Talbot, obtuvo US\$ 582.000 por daños y gastos legales, después de que un tribunal del TLCAN decidió que el comportamiento grosero de los funcionarios canadienses que verificaban el cumplimiento de los cupos de madera blanda constituyó una violación del TLCAN.

- Ganaderos canadienses están utilizando la definición amplia de "inversionista" del TLCAN para impugnar el cierre de la frontera estadounidense al comercio de ganado en pie después de que se detectara la enfermedad de la vaca loca en Canadá, argumentando que esta medida de salud pública de EE.UU. ha socavado sus inversiones en Canadá. Titulares de derechos de agua estadounidenses están utilizando el mecanismo inversionista-Estado para demandar a México por su aparente incumplimiento de un acuerdo sobre aguas compartidas, lo que supuestamente restringiría el acceso de sus propiedades en EE.UU. al agua. En ninguno de estos casos los inversionistas parecen tener inversiones fuera de su propio país, sin embargo, la amplitud de las definiciones del TLCAN y los fallos de tribunales anteriores hacen posibles estas demandas.
- Algunos aspectos de los dictámenes sobre el tabaco de los gobiernos estatales, que han tenido por resultado una caída radical de la tasa de fumadores adolescentes en EE.UU., han sido impugnados como arbitrarios e injustos por los exportadores de tabaco canadienses. También Phillip Morris ha amenazado con presentar una demanda inversionista-Estado amparada en el TLCAN contra el gobierno canadiense por un innovador proyecto de ley que limita las declaraciones estampadas en los paquetes de cigarrillos (por ejemplo de "light"). Esta medida todavía no se ha convertido en ley.
- Varias sentencias de juzgados nacionales han sido impugnadas por inversionistas extranjeros utilizando el sistema inversionista-Estado del TLCAN. Un dictamen reciente en uno de estos casos, que involucra la impugnación por parte del conglomerado funerario canadiense Loewen de un fallo de un jurado de Mississippi en una controversia sobre un contrato privado, demostró que prácticamente no hay decisiones de juzgados nacionales inmunes a la revisión del TLCAN, ni siquiera las de la Suprema Corte de EE.UU.
- Existe además otra cantidad de políticas nacionales, estatales y municipales de interés público, como por ejemplo la política contra los juegos de azar en México, una reglamentación estadounidense de control de drogas que penaliza los alimentos de cáñamo, o los requisitos del estado de California para otorgar concesiones para minas a cielo abierto, que han originado nuevos casos en el marco del TLCAN.
- La entrega de paquetes por parte de un servicio estatal, el servicio postal canadiense Canada Post, ha sido impugnado por una empresa estadounidense, United Parcel Service, que argumenta que el monopolio de Canada Post sobre la distribución de cartas no expresas representa un subsidio injusto al servicio de entrega de paquetes estatal. Los servicios postales de la mayoría de los países tienen ese tipo de monopolio sobre la distribución de cartas no expresas.
- La aplicación de medidas anti-dumping y derechos compensatorios respecto de las importaciones de madera blanda de Canadá por parte de los Estados Unidos, es cuestionada por cuatro firmas madereras canadienses que utilizan el capítulo 11 del TLCAN, incluso a pesar de que estos problemas ya han sido litigados en el sistema de resolución de controversias Estado-Estado del TLCAN y de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Cada nuevo caso inversionista-Estado en el TLCAN que toma estado público dirige la atención y las críticas hacia el modelo de protecciones al inversionista extranjero que consagran el TLCAN y el TLCAC. La cantidad de casos inversionista-Estado que atacan las políticas ambientales ha generado gran consternación entre la comunidad ambientalista y los expertos legales. Sin embargo,

a medida que se van sumando las sentencias de los casos inversionista-Estado, son más las partes interesadas que comienzan a alarmarse. El número creciente de demandas contra políticas estatales y municipales ha provocado una respuesta fuerte por parte de los funcionarios locales electos, como alcaldes y fiscales generales. Además, a medida que cada vez más políticas de salud pública -como las que involucran sustancias químicas tóxicas, o la protección de los consumidores de la enfermedad de la vaca loca y el tabaco- son cuestionadas por razones comerciales, crece también la preocupación en la comunidad de la salud pública. Quizás el aspecto más significativo, es el número creciente de casos resueltos por los juzgados nacionales que están dando lugar a demandas en el marco del TLCAN, llevando a juristas y expertos legales por igual, a cuestionar la competencia y la constitucionalidad de los tribunales inversionista-Estado.

El problema de los "mayores derechos" que otorga el TLCAN a los inversionistas extranjeros no está solucionado en el TLCAC

Las protecciones amplias otorgadas a los inversionistas extranjeros por el TLCAN y el mecanismo inversionista-Estado en el ámbito privado para su ejecución forzada, se convirtieron en uno de los puntos centrales del debate del Congreso de los Estados Unidos que debía resolver la renovación de la autorización de la negociación comercial por la "vía rápida" (*Fast Track*). La vía rápida es el mecanismo que delega en el poder ejecutivo la autoridad constitucional exclusiva del Congreso de establecer los términos de la política comercial de EE.UU., limitando el papel del Congreso al voto negativo o afirmativo de los tratados firmados y finalizados, sin posibilidad de modificarlos. Al otorgar esta delegación de autoridad extraordinaria, el Congreso establece en la legislación los "objetivos de negociación" que deben orientar a los negociadores del poder ejecutivo en la elaboración de los acuerdos comerciales futuros a ser sometidos a la aprobación del Congreso. Si bien estos objetivos de negociación no son formalmente obligatorios –ya que si los negociadores no tuviesen en cuenta las indicaciones del Congreso, el único recurso de éste es votar negativamente todo el acuerdo- los puntos específicos de estos objetivos, incluidos en la legislación de la vía rápida, son generalmente objeto de intensas negociaciones entre el Congreso y la Casa Blanca, ya que expresan la posición del Congreso sobre los contenidos aceptables de los futuros acuerdos.

Por este motivo, para poder aprobar por escasa mayoría la legislación de "vía rápida", la Casa Blanca se vio presionada a aceptar la inclusión de una serie de exigencias del Congreso que los funcionarios comerciales de la administración Bush debían cumplir al negociar las reglas de inversión en futuros acuerdos comerciales. El elemento más importante era que los inversionistas extranjeros no debían obtener "mayores derechos sustantivos" relativos a la protección de sus inversiones que los correspondientes a las empresas o residentes estadounidenses en los Estados Unidos.

A pesar de estas claras exigencias del Congreso, los negociadores comerciales de la administración Bush no cumplieron con el requisito de incluir estos elementos en los acuerdos de libre comercio aprobados y propuestos recientemente, entre los que se incluye el TLCAC, ni tampoco se los tuvo en cuenta en el nuevo modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. (TBI) que fuera recientemente reelaborado y que es utilizado para imponer condiciones similares a nivel bilateral. A continuación se presenta un resumen del trato superficial que recibieron las exigencias del Congreso de introducir cambios al modelo de protección a los inversionistas extranjeros del TLCAN en el TLCAC, y los pocos cambios sustantivos que efectivamente se introdujeron a las protecciones del TLCAN. Si bien un análisis de la estructura normativa de todos los países del TLCAC excede el alcance de este informe, esta discusión resulta importante para todos los países que quieran garantizar que los tratados comerciales no otorguen a los inversionistas extranjeros que operan en su territorio nacional, mayores derechos que los que disfrutaban sus empresas nacionales.

- **La definición del TLCAC de la propiedad elegible como objeto de regulaciones expropiatorias es significativamente más amplia que la que establece la legislación de EE.UU.:** En el TLCAC, la definición de una inversión indemnizable no se limita a los bienes inmuebles como se establece en la jurisprudencia sobre regulaciones expropiatorias estadounidense. Por cierto, la mayoría de los tipos de inversión por los que el gobierno de EE.UU. podría ser demandado en virtud del TLCAN no serían elegibles para demandas por regulaciones expropiatorias según las leyes estadounidenses. En vez de solucionar este problema, el TLCAC amplía la definición del TLCAN añadiendo como inversiones indemnizables "el asumir el riesgo", la "expectativa de obtener ganancias o utilidades", los derechos de propiedad intelectual, licencias, autorizaciones y permisos, así como una amplia variedad de contratos gubernamentales, incluidos los contratos de concesión de recursos naturales.
- **La definición de "expropiación" del TLCAC es más amplia que la correspondiente a las confiscaciones admitidas en la legislación estadounidense:** El TLCAN garantiza a los inversionistas extranjeros que los erarios públicos de los países miembros pagarán indemnizaciones por cualquier expropiación gubernamental directa o cualquier otra acción "equivalente" a una expropiación o a una expropiación indirecta. Si bien el TLCAC elimina la frase "equivalente a", sigue exigiendo una indemnización por expropiaciones indirectas, que es el término operativo. De esta forma, en el marco del TLCAC un inversionista todavía puede obligar a un gobierno a pagar indemnización por efectos eventuales sobre su actividad comercial a consecuencia de una normativa, lo cual no sería objeto de indemnización en los juzgados nacionales.
- **El TLCAC admite menos impactos adversos sobre la inversión que la legislación de EE.UU.:** Según la legislación estadounidense, aproximadamente el 100 por ciento del valor de la propiedad debe resultar destruido para que una demanda por una regulación expropiatoria tenga alguno chance de éxito. Los casos del Capítulo 11 del TLCAN han sugerido que se necesita demostrar sólo un impacto "significativo" o "sustancial" sobre la inversión. A pesar de las demandas del Congreso, los negociadores de EE.UU. no solucionaron esta brecha importante entre los derechos de los inversionistas extranjeros y los nacionales en el texto del TLCAC.
- **El intento del TLCAC de restringir lo que constituye una infracción del "nivel mínimo de trato" según la ley internacional es insuficiente:** El TLCAN y el TLCAC incluyen disposiciones que garantizan a los inversionistas extranjeros un nivel mínimo de trato, que incluye el "trato justo y equitativo" de los países firmantes con el derecho de exigir indemnización si no se cumple con esta garantía. Los tribunales del TLCAN han variado enormemente en sus conclusiones sobre lo que esta garantía exige a los gobiernos, ordenando en un caso (Pope & Talbot) el pago de indemnización a un inversionista extranjero debido al comportamiento grosero de funcionarios gubernamentales. Una "nota interpretativa" de 2001 efectuada por los gobiernos del TLCAN intentó abordar este problema en el contexto del tratado, buscando restringir la aplicación al trato exigido por el derecho internacional "consuetudinario". Éste es el mismo lenguaje que utiliza el TLCAC. Sin embargo, el derecho internacional consuetudinario es notoriamente amplio, y proporciona enormes oportunidades para que los tribunales comerciales continúen aplicando una interpretación amplia.

- **Las reglamentaciones nacionales ambientales y de salud no discriminatorias siguen en riesgo en el TLCAC:** La redacción de un anexo del capítulo de inversiones del TLCAC, que pretende establecer límites a los casos en que las reglamentaciones ambientales y de salud no discriminatorias pueden ser consideradas como una violación a los derechos del inversionista extranjero en el marco del tratado, no salvaguarda tales leyes de posibles demandas, como puede verse a continuación.
- **El TLCAC no incluye el sistema de apelaciones exigido por el Congreso:** Los negociadores de EE.UU. no lograron crear un mecanismo de apelaciones para los casos inversionista-Estado en el capítulo de inversiones del TLCAC, como lo exigía la legislación de la vía rápida. La Oficina del Representante Comercial de EE.UU. tiene una propuesta para un mecanismo de apelación supra-judicial, pero no ha explicado cómo se instrumentará (si como parte del TLCAC con aprobación del Congreso o fuera del proceso legislativo). La propuesta actual del Representante Comercial de EE.UU. es muy deficiente. En vez de proporcionar la coherencia exigida por el Congreso, establece un sistema de árbitros ad hoc y tribunales ad hoc. No existirían precedentes en el sistema, por lo que sería imposible obtener coherencia. Además, la propuesta eliminaría los ya muy limitados derechos de revisión de algunos de los dictámenes inversionista-Estado que poseen actualmente los juzgados nacionales al amparo de la legislación nacional sobre arbitraje.

Teniendo en cuenta que la administración Bush no cumplió con las exigencias del Congreso de mitigar los peores excesos del modelo de protección al inversionista extranjero del TLCAN en los acuerdos comerciales futuros, incluyendo el TLCAC, resulta esencial efectuar una evaluación del historial de los casos inversionista-Estado del TLCAN antes de que los formuladores de políticas consideren extender esos derechos de los inversionistas a nuevos países a través del TLCAC y otros muchos nuevos acuerdos de libre comercio actualmente en negociación. Este informe tiene como objetivo iniciar esa evaluación y a continuación se discuten sus principales conclusiones.

Lecciones de los litigios amparados en el TLCAN

Si bien hay más casos del TLCAN en curso que finalizados, un análisis detallado de los dictámenes de los tribunales en los casos inversionista-Estado concluidos y la situación de los casos pendientes nos permite identificar una serie de tendencias perturbadoras que han surgido en el marco del modelo de protección al inversionista extranjero del TLCAN y el TLCAC:

Los inversionistas extranjeros utilizarán el sistema inversionista-Estado para exigir indemnización por fallos adversos emitidos por juzgados nacionales: El caso Loewen amparado en el Capítulo 11 del TLCAN es un ejemplo excelente de cómo se concede a los inversionistas extranjeros mayores derechos que a las empresas nacionales. El panel del TLCAN en el caso Loewen emitió una sentencia arbitral sorprendente, indicando que todas las decisiones adversas de juzgados nacionales son potencialmente elegibles para una revisión en el marco del mecanismo inversionista-Estado como infracciones de la legislación internacional, y que pueden incluso calificar como “expropiaciones”. Este dictamen implica a los fallos judiciales a todo nivel, incluso, potencialmente, a aquellos de la Suprema Corte de Justicia de los países. Por el contrario, las empresas nacionales no pueden lograr una segunda oportunidad fuera del sistema de juzgados nacionales y no pueden presentar demandas de "expropiación" basadas en los fallos de los juzgados nacionales. El caso en cuestión amparado en el TLCAN, fue presentado por el Grupo Loewen, un conglomerado funerario gigante canadiense que había estado adquiriendo agresivamente pequeñas empresas funerarias en Estados Unidos. Loewen intentó utilizar la protección de inversionista-

Estado del TLCAN para "revertir" una sentencia multimillonaria en dólares emitida por un jurado estadual en favor de un pequeño operador funerario que demandó al conglomerado por incumplimiento de contrato y diversas acciones fraudulentas. Si bien el tribunal del TLCAN desestimó las demandas subyacentes de Loewen por razones técnicas, básicamente porque la corporación Loewen en quiebra se había vuelto a constituir como empresa estadounidense y ya no reunía los requisitos para calificar como inversionista extranjero, el resultado habría sido muy diferente si la empresa se hubiera vuelto a constituir en Canadá. En primer lugar, el panel del TLCAN en este caso determinó que conforme a los términos del tratado, una sentencia de un jurado en un litigio por un contrato civil calificaba como "acción de gobierno" contra la cual el TLCAN concede a los inversionistas extranjeros protección especial. Los abogados que representaron a EE.UU. habían argumentado que lo que el TLCAN entiende como "medidas" son las políticas o acciones específicas de un gobierno que afectan a un inversionista extranjero, y no el funcionamiento diario de un juzgado nacional. La decisión del panel se centró además en la referencia a la legislación internacional en las disposiciones del TLCAN que garantizan un nivel mínimo de trato a los inversionistas extranjeros, destacando que si la conducta de un juzgado nacional infringe esa norma del derecho internacional se podría configurar una infracción del tratado. Cabe destacar que el panel no estableció ningún límite al tipo de fallo de un juzgado nacional que podría ser impugnado mediante el mecanismo inversionista-Estado, con la única salvedad de la obligación de los demandantes de agotar los recursos de la justicia nacional antes de dirigirse a un tribunal arbitral del TLCAN. En consecuencia, no resulta para nada sorprendente que la decisión del tribunal arbitral en el caso Loewen haya sido recibida con gran preocupación en los círculos jurídicos. Los juristas, así como los funcionarios estaduais y municipales, exhortaron a la administración Bush a mantener las resoluciones de los juzgados nacionales fuera de los tribunales arbitrales comerciales, pero el texto del TLCAC no excluye este tipo de casos.

Cuestionamientos crecientes sobre la constitucionalidad de los tribunales inversionista-

Estado: Tanto juristas como expertos legales cuestionan cada vez más la constitucionalidad del sistema de protección a los inversionistas extranjeros consagrado en el mecanismo inversionista-Estado. Por ejemplo, en los Estados Unidos el Artículo III de la Constitución establece la existencia de un poder judicial independiente separado de los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno federal. La Jueza de la Suprema Corte de EE.UU., Sandra Day O'Connor, ha cuestionado la delegación de la autoridad consagrada por el Artículo III a un número cada vez mayor de tribunales arbitrales comerciales. "El Artículo III de nuestra Constitución reserva a los juzgados federales la potestad de decidir casos y controversias, y el Congreso de EE.UU. no puede delegar a otro tribunal "los atributos esenciales del poder judicial", afirmó la Jueza O'Connor.⁴ En 1982 la Suprema Corte declaró que el establecimiento de tribunales de quiebra federales por parte del Congreso era una delegación del derecho constitucional del poder judicial demasiado extrema para lograr reconocimiento constitucional. Muchos especialistas y juristas consideran que los tribunales arbitrales del Capítulo 11 del TLCAN, que tienen poderes extraordinarios para revisar políticas y decisiones municipales, estaduais y nacionales, así como decisiones judiciales, incluso de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., manifiestan una delegación aún más radical de "los atributos esenciales" del poder judicial. A pesar de estos graves problemas, el TLCAC establece el mismo sistema de tribunales arbitrales para los litigios inversionista-Estado y ampliaría este sistema a los inversionistas extranjeros de seis países adicionales en caso de instrumentarse el tratado.

Los inversionistas extranjeros pueden presentar casos de "regulaciones expropiatorias" que

no están permitidos en la legislación nacional: Las reglas de inversiones del TLCAN dan nuevos derechos a los inversionistas extranjeros que van significativamente más allá de los derechos otorgados a los ciudadanos y las empresas en la legislación nacional de varios países. Por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que la "mera disminución en el valor de la propiedad, sin importar cuán significativa, es insuficiente para configurar una expropiación".⁵ En

contraposición, los tribunales arbitrales del Capítulo 11 del TLCAN han definido como expropiación indemnizable “la interferencia imprevista” en el uso de la propiedad que sólo necesita causar un deterioro “significativo” o “sustancial” a una inversión.⁶ Además, bajo la legislación estadounidense y de otros países, generalmente las demandas por regulaciones expropiatorias sólo abarcan los bienes raíces (inmuebles). Los bienes personales (cualquier otro que no sea propiedad de la tierra) y otros intereses económicos generalizados no son elegibles para este tipo de demandas. En el TLCAN, la definición de inversión indemnizable no está limitada a la estrecha categoría de los bienes raíces. Efectivamente, la mayor parte de las inversiones por las cuales podría demandarse al gobierno estadounidense en el marco del TLCAN (como los bonos de deuda, acciones de capital, préstamos, contratos, etc.) constituyen propiedad personal intangible, no elegible para una demanda por regulación expropiatoria. En lugar de arreglar los problemas causados por las reglas laxas del TLCAN y la problemática historia de los casos presentados en el marco del tratado, la administración Bush simplemente realizó algunos cambios cosméticos en el TLCAC. Por ejemplo, un intento de “arreglo” fue la eliminación de la frase del texto del TLCAN que dice que las acciones gubernamentales “equivalentes” a una expropiación constituyen actividades que requieren indemnización. Pero éste es un cambio meramente cosmético. El texto del TLCAC aún exige la indemnización de las expropiaciones “indirectas”, que es el término operativo en el que se han basado los paneles del TLCAN para determinar la existencia de regulaciones expropiatorias. Por otra parte, el TLCAC, más que acotar la definición de inversión indemnizable la amplía, incorporando en la definición: “el asumir riesgo”, “la expectativa de ganancia o utilidades”, los derechos de propiedad intelectual, licencias y permisos y otras categorías de la propiedad y de contratos gubernamentales, inclusive los contratos de concesión de recursos naturales. El resultado final es que el marco del TLCAC ofrece en última instancia a las empresas extranjeras derechos sustantivos y procesales muy superiores a los que tienen la mayoría de los de los ciudadanos en el marco de la legislación nacional correspondiente.

El costo potencial para los contribuyentes podría ascender a miles de millones de dólares:

Finalmente, son los contribuyentes del país en cuestión los que deben pagar la indemnización a un inversionista extranjero si éste tiene éxito en su demanda amparándose en el TLCAN. En los primeros once años del TLCAN, sólo se han decidido o conciliado 11 casos. Los inversionistas extranjeros han triunfado cinco veces en al menos una parte de sus reclamos, y se han pago US\$35 millones a modo de compensación a inversionistas extranjeros. Otros US\$28 mil millones han sido reclamados por los inversionistas del TLCAN. Si bien varios demandantes amparados en el TLCAN parecen estar inflando sus demandas de indemnización,⁷ y ninguno ha triunfado hasta ahora en demandas por miles de millones, alcanzan unos pocos fallos por sumas muy grandes –como el de US\$15,6 millones de dólares contra México en el caso Metalclad- para producir un impacto significativo en los tesoros nacionales de estos países. Esto podría tener como consecuencia que los gobiernos nacionales traten de retener los fondos destinados a los estados como medida de presión, tal como lo intentó el gobierno mexicano en el caso Metalclad. Por otra parte, los costos de la defensa que deben pagar los gobiernos nacionales en estos casos inversionista-Estado, con dinero que podría destinarse a otros fines en estos tiempos de presupuestos tan ajustados, son muy significativos en sí mismos. Por ejemplo, los abogados estadounidenses que defienden la impugnación de Methanex a la prohibición del MTBE en California, han cobrado hasta ahora US\$3 millones.

El mecanismo inversionista-Estado destruye el escudo de inmunidad soberana: El Capítulo 11 del TLCAN no contempla el principio de inmunidad soberana y constituye una revisión profunda de las protecciones que brinda este principio. Como lo expuso un erudito en derecho, “al aceptar los términos del TLCAN, los gobiernos de los Estados Unidos, México y Canadá esencialmente han renunciado a cualquier derecho a la inmunidad soberana que hayan tenido previo a la firma del Tratado”.⁸ Los elaboradores de las políticas nacionales y estatales sólo renuncian al derecho a la

inmunidad soberana cuando lo hacen en forma explícita y en base a una consideración caso a caso. No existe evidencia de que los funcionarios electos que votaron el acuerdo tuvieran la intención de dar un cheque en blanco de renuncia a los derechos a la inmunidad soberana en el marco del TLCAN, sin embargo al parecer esto es lo que ha sucedido.

Los gobiernos estatales y municipales no están fuera del alcance de los tribunales inversionista-Estado: Los inversionistas extranjeros amparados en el capítulo 11 del TLCAN no sólo han impugnado políticas nacionales, también han presentado demandas contra un número cada vez mayor de medidas adoptadas a nivel de estados, provincias y municipios. Entre éstas se incluyen decisiones sobre el uso de las tierras de propiedad estatal y municipal, políticas ambientales y de salud pública, fallos adversos de juzgados estatales, y contratos estatales y municipales. En el caso de los desechos tóxicos de Metalclad, la decisión de una municipalidad mexicana de denegar el permiso de construcción antes de que una compañía estadounidense pudiera comenzar la ampliación de sus instalaciones para un vertedero de desechos tóxicos, y una decisión posterior del gobernador del estado de crear una reserva ecológica en ese sitio, fueron impugnadas con éxito como violaciones al TLCAN, y el gobierno mexicano fue obligado a pagar la suma de US\$15,6 millones por daños y perjuicios. Si bien es cierto que el TLCAN no permite al panel anular directamente una ley, y es el gobierno nacional el que es técnicamente responsable por la indemnización de cualquier daño, los gobiernos nacionales cuentan con una serie de avenidas en el marco de la legislación nacional para hacer que los gobiernos estatales y municipales se avengan a su voluntad. Por ejemplo, pueden retener los fondos para proyectos estatales y municipales hasta que se modifique la medida que constituye la ofensa, o hasta que la localidad acepte contribuir a la indemnización correspondiente. El gobierno federal puede también imponerse por sobre las políticas estatales con una ley nacional –un esfuerzo que seguramente generará más controversias y cuestionamientos constitucionales. Las organizaciones nacionales que representan a los gobiernos estatales y municipales han comenzado a expresar su alarma sobre estos casos inversionista-Estado. Temen acertadamente que las reglas internacionales de expropiación puedan establecer una nueva norma de regulaciones expropiatorias que no sólo signifique una presión para que los estados acomoden de antemano sus políticas, sino que podría eventualmente ser utilizada para justificar acciones federales contra los estados.

Controversias públicas, tribunales privados: Cuando los inversionistas extranjeros demandan indemnizaciones en el marco del TLCAN o de los nuevos TLC con sistemas inversionista-Estado, los casos son resueltos o bien ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que funciona en el marco del Banco Mundial, o en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Estos dos organismos de arbitraje fueron creados para arbitrar litigios privados entre partes contractuales, en disputas estrictamente comerciales. En consecuencia, en el pasado, la condición de estricta confidencialidad de estos procesos, sin formas de acceso para la prensa o el público, ni ningún mecanismo procesal para la participación pública no era tan preocupante. Ahora, sin embargo, estos mismos organismos abordan cuestiones significativas de políticas públicas. El TLCAN y el TLCAC, le han otorgado competencia a estos tribunales para juzgar en temas referidos a la pertinencia de políticas públicas, tales como las reglas del estado de California en relación a los derechos de concesión para minas a cielo abierto, o la ley de California que elimina un aditivo de la gasolina, el MTBE, después de confirmar que estaba contaminando los sistemas de agua potable de todo el estado. Sin embargo, en el sistema de arbitraje inversionista-Estado, los ciudadanos de los diferentes estados o localidades, deben confiar en las agencias del gobierno federal para que defiendan sus leyes estatales, que pueden no ser compartidas por el gobierno federal (como en el caso de la normativa de minería de California). Los habitantes de California no pueden ser parte en casos que involucran la salud y la seguridad de sus comunidades, y el Fiscal General de California, guardián electo de la legislación estatal, ni siquiera tiene un rol formal. Sin embargo, son los dineros provenientes de los impuestos

que pagan los ciudadanos de California los que luego pueden ser destinados al pago de millones de dólares al inversionista extranjero por concepto de indemnización. Los cambios recientemente introducidos en el TLCAC abrirán los procesos de arbitraje a la observación pública, siempre que los interesados puedan costearse el traslado en avión hasta las lejanas sedes de los tribunales. Sin embargo, los ciudadanos siguen sin poder ser Parte de las demandas y sólo pueden acceder a oportunidades amicus limitadas, ya que la aceptación de los escritos amicus queda a discreción del panel. En el marco del TLCAN, estos procesos todavía pueden continuar siendo confidenciales, si así lo reclama la empresa litigante. Las cuestiones relativas a la aptitud y la legitimidad de estos organismos de arbitraje privados para intervenir en controversias que involucran el interés público se vuelven más urgentes en tanto el número de litigios relativos a las inversiones amparados en el TLCAN y varios tratados bilaterales de inversiones parece estar creciendo rápidamente.

La amenaza de posibles demandas mediante el sistema inversionista-Estado desalienta políticas de interés público: En una de las primeras causas iniciadas en el marco del TLCAN, la empresa estadounidense Ethyl Corporation presentó una demanda contra una medida ambiental y de salud pública del gobierno de Canadá que restringía el aditivo MMT de la gasolina cuando ésta estaba todavía en proceso de debate en el parlamento. Las reglas del TLCAN exigen que las empresas esperen seis meses después de los eventos que dan lugar a la demanda y que luego realicen un intento para lograr la solución negociada del problema, antes de la presentación de una demanda inversionista-Estado amparada en el TLCAN. Que un tribunal del TLCAN aceptara este caso, que constituía un intento flagrante de intimidar al cuerpo legislativo para que no actuara, es una señal muy alarmante. El gobierno de Canadá finalmente llegó a un arreglo sobre el caso, revocando la prohibición del aditivo de la gasolina, y pagando US\$13 millones a la compañía antes de que el tribunal del TLCAN emitiera un dictamen definitivo. Más recientemente, en 2004, un comité con representación de todas las partes interesadas, creado por el gobierno provincial de New Brunswick en Canadá, recomendó que la provincia desarrollara su propio plan de seguro de automóviles. El comité respondía a un clamor público ante el aumento exponencial de las primas de los seguros de automóviles. El plan recomendado por el comité pretendía lograr reducciones promedio en las primas de aproximadamente un 20 por ciento en relación a los planes existentes, gracias a su carácter no lucrativo y otras reducciones de costos. Sin embargo, la propuesta naufragó luego de que sus críticos señalaron que podía provocar una serie de acciones legales por parte de las firmas extranjeras que pudieran considerar el plan público de seguro de automóviles como una “expropiación” de su porción del mercado al amparo del Capítulo 11 del TLCAN. La lección de esta debacle de los seguros de automóviles puede ser fácilmente aplicable a distintos programas gubernamentales de ampliación de la cobertura de los servicios de salud a los pobres. Un número incalculable de amenazas puede congelar las políticas de interés público en todos los niveles del gobierno.

El número de litigios inversionista-Estado contra los servicios públicos podría aumentar: Una firma que ha utilizado las reglas del TLCAN, no para alegar una “expropiación” sino con propósitos estratégicos en vez de defensivos, es United Parcel Service (UPS). UPS argumenta que como la empresa estatal de correos canadiense presta servicios públicos de correo, no debería prestar también servicios integrados de mensajería y entrega de paquetes. Según UPS, la vasta infraestructura de Canada Post –incluidas sus pensiones, vehículos, casillas de correo e incluso sus carteros- constituye, en el marco del TLCAN, un subsidio ilícito a sus servicios de encomiendas y mensajería y le proporciona a la empresa estatal una ventaja injusta en el mercado. En una era en la que la prestación pública y comercial de servicios están a menudo mezcladas, pocos servicios públicos incluidos los de salud y la educación serían inmunes a demandas empresariales similares. El caso de UPS encierra una de las tendencias más perturbadoras de los litigios en torno a la protección de los inversionistas extranjeros al amparo del TLCAN considerados en su conjunto, y es que muchas empresas están pasando de la defensiva (protegiéndose contra supuestas

expropiaciones) a la ofensiva, utilizando los tribunales del TLCAN y el sistema inversionista-Estado para conseguir condiciones más favorables para sus firmas. No hay nada en la redacción del TLCAC que ponga a salvo de este tipo de litigios a los países miembros.

El texto referido al medioambiente no protege a las normativas ambientales frente al mecanismo inversionista-Estado: El preámbulo del TLCAN establece que los países se harán cargo de sus obligaciones de manera “congruente con la protección y la conservación del ambiente”. En otra parte del texto, en el artículo 1114 del capítulo de inversiones, se pretende proteger al medioambiente y evitar un retroceso en la normativa ambiental. Estas disposiciones del TLCAN han sido desechadas tan rápidamente por los tribunales arbitrales del tratado, al punto de tornarlas irrelevantes. En el caso de Metalclad, no hubo evidencia de que el tribunal sopesara en lo más mínimo las disposiciones ambientales del TLCAN antes de llegar a una decisión final. El fallo sí deja claro que no le otorgó ningún peso a las consideraciones ambientales de la comunidad, que fueron la razón por la cual el gobierno local intentó bloquear el vertedero. Además, el panel sentó una serie de precedentes perturbadores. No solo igualó la denegación de un permiso municipal de construcción y la creación de una reserva ecológica con una “expropiación” conforme al TLCAN, sino que amplió la definición de “expropiaciones” para incluir la interferencia “imprevista” con el valor de la propiedad, abriendo así la puerta a que toda clase de acciones de zonificación legítimas por parte de los órganos de gobierno estatales o municipales, sean impugnables bajo el TLCAN. En el caso de S.D. Myers sobre PCB, las obligaciones de Canadá en el marco del tratado ambiental que regula el comercio de desechos peligrosos, el Convenio de Basilea, si bien fueron consideradas por el tribunal del TLCAN, finalmente fueron completamente descartadas.

Conclusiones

Los partidarios del TLCAN han sostenido que estas amplias protecciones al inversionista y el sistema privado de solución de controversias eran necesarios para proteger a los inversionistas de la apropiación de la propiedad privada por parte del Estado (es decir, la nacionalización). México, que nacionalizó las refinerías extranjeras en 1938, fue el centro principal de estas preocupaciones.⁹ Sin embargo, las demandas inversionista-Estado presentadas a la fecha han tenido poco que ver con la confiscación gubernamental de la propiedad. En su lugar, estas demandas impugnan leyes, normativas, decisiones judiciales y otras acciones de gobierno a nivel nacional, estatal y municipal.

Los amplios derechos otorgados a las empresas en el TLCAN fueron solamente uno de los factores que pasaron inadvertidos para los políticos y los medios durante el debate que rodeó a la firma del tratado a comienzos de la década de 1990. Hoy, a los once años de su entrada en vigor, el historial de los casos del TLCAN nos deja lecciones que nos llaman a actuar con precaución. No obstante, los pequeños arreglos introducidos al modelo de inversiones del TLCAN en el TLCAC y otros acuerdos bilaterales de comercio recientes, no sólo no solucionan los problemas medulares del modelo, sino que pueden generar otra serie de problemas nuevos. Por ejemplo, como señala el profesor Mathew Porterfield de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, la compleja redacción del artículo 10.12 del TLCAC sobre “denegación de beneficios”, establece al parecer el derecho de las empresas a utilizar una subsidiaria en otro país, un país que es parte del acuerdo, para atacar las leyes de su Estado de origen. El único requerimiento es que la subsidiaria debe tener “actividades comerciales sustanciales” fuera de su Estado de origen. En otras palabras, el cambio en la redacción del TLCAC podría permitir a Phillip Morris, por ejemplo, utilizar su subsidiaria costarricense para atacar las leyes estadounidenses sobre el tabaco siempre y cuando la subsidiaria tenga intereses comerciales sustanciales en Costa Rica o en cualquier otra nación centroamericana (es decir, que no sea solamente un apartado postal).

No está definido qué constituye “actividades comerciales sustanciales”, y dadas las anteriores decisiones del Capítulo 11 del TLCAN esto es motivo de grave preocupación. En el caso inversionista-Estado de S.D. Myers sobre los PCB, el tribunal del TLCAN ordenó a Canadá pagar \$4,8 millones, aún cuando estaba muy poco claro cuál era la actividad comercial de S.D. Myers en Canadá. La empresa no tenía siquiera una historia registrada de importación de PCB a los Estados Unidos. Esto no constituyó un obstáculo para el tribunal del TLCAN, que –como se señalara antes– con creatividad consideró la potencial “porción del mercado” de S.D. Myers en el tratamiento de tóxicos canadienses como una inversión suficiente para generar una demanda al amparo del TLCAN.

Este otorgamiento de nuevos derechos procesales a subsidiarias extranjeras de firmas nacionales para que puedan así atacar las leyes de sus países de origen ante tribunales del TLCAC, constituye una afrenta a la potestad de los representantes electos de establecer la legislación nacional. En los Estados Unidos, por ejemplo, en numerosas ocasiones, el Congreso ha rechazado proyectos de ley que facilitarían la presentación de demandas por regulaciones expropiatorias ante la justicia estadounidense. Ahora, el TLCAC otorgaría a las grandes multinacionales esos derechos a través de un acuerdo internacional de “comercio”. Lo que es más, estos derechos solo abarcarían a las firmas lo suficientemente grandes como para tener subsidiarias extranjeras. La mayor parte de las empresas no son multinacionales, sino que operan en sus comunidades locales o en el territorio nacional. Estas firmas de pequeño y mediano porte, que constituyen la columna vertebral de la economía, están por tanto doblemente en desventaja bajo el TLCAC. Tanto a los inversionistas extranjeros como a las gigantes multinacionales se les otorgan mayores derechos y poderes que a las pequeñas firmas nacionales que operan en sus comunidades locales.

Como si las implicancias de esta disposición del TLCAN no fueran lo suficientemente alarmantes, una sentencia arbitral reciente en un litigio ante uno de los tribunales que usaría el TLCAC (el CIADI), significó un nuevo avance para las empresas que buscan presentar casos inversionista-Estado contra sus países de origen. El caso involucró a un grupo de inversionistas ucranianos que constituyeron una empresa con personería jurídica en Lituania y luego usaron esa entidad para invertir nuevamente en Ucrania. Posteriormente se valieron de las protecciones al inversionista otorgadas por el Tratado Bilateral de Inversiones entre Lituania y Ucrania.¹⁰ Dos panelistas del caso, Dan Price (un ex funcionario de comercio estadounidense que negoció el Capítulo 11 del TLCAN) y el profesor italiano Piero Bernardini, dictaminaron que la demanda era procedente, argumentando que el origen del capital no era relevante.¹¹ Sin embargo, el presidente del tribunal, el respetado profesor de derecho francés Prosper Weil, disintió con sus colegas. Sostuvo que el sistema de resolución de diferencias relativas a inversiones del CIADI se creó para arbitrar demandas *internacionales* y promover las inversiones *extranjeras*, y que la posición adoptada por la mayoría del tribunal ponía en duda la integridad del CIADI y “contrariaba el propósito de la Convención del CIADI, y podía poner en riesgo el futuro de la institución”.¹² Poco después renunció al caso, hecho que marcó la primera renuncia de un presidente de tribunal.¹³ Sólo es cuestión de tiempo antes de que un inversionista estadounidense creativo, amparado en el TLCAC, use una subsidiaria para presentar una demanda no contemplada en la constitución, contra una ley estadounidense, alegando una regulación expropiatoria, evadiendo las disposiciones legislativas y procesales de los Estados Unidos.

Aún sin la disposición extraordinaria –presente sólo en el TLCAC– que habilita a subsidiarias extranjeras de empresas nacionales a presentar demandas inversionista-Estado, el Capítulo 11 del TLCAN contiene reglas amplias y definiciones abarcativas que permiten a las empresas presentar tantas demandas inversionista-Estado como sean capaces de solventar con sus recursos. Cada vez que se presenta uno de estos casos, se malgasta el dinero de los contribuyentes ya que los abogados

del gobierno deben hacerse cargo de la defensa. Los casos inversionista-Estado ya han engullido millones de dólares de los contribuyentes.

A pesar de este historial, las pequeñas modificaciones introducidas en el TLCAC y otros TLC al modelo de inversión del TLCAN, no solucionan ninguno de los problemas fundamentales, y en consecuencia el número de demandas contra las políticas de interés público a nivel municipal, estadual y nacional seguirá aumentando.

Por este motivo, Public Citizen hace las siguientes recomendaciones:

- Se debe eliminar el sistema inversionista-Estado de los acuerdos futuros. Las disputas comerciales generadas bajo los términos de los acuerdos internacionales entre naciones deben ser atendidas por los propios gobiernos en una relación Estado-Estado. Existe un precedente para este enfoque, ya que el TLC EEUU-Australia de 2004 no incluyó un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.
- Las disposiciones sobre regulaciones expropiatorias que otorgan a los inversionistas extranjeros más derechos que a las empresas nacionales deben ser eliminadas del TLCAN y no incluirse en los acuerdos futuros. Otros aspectos del modelo de protección al inversionista del TLCAN requieren cambios significativos para asegurar que los inversionistas extranjeros no gocen de más derechos sustantivos o procesales que las empresas nacionales.
- Los acuerdos comerciales deben abordar fundamentalmente los asuntos de comercio tradicionales –los términos de intercambio entre países- no el sistema normativo, el régimen de inversiones ni otras políticas internas de los países. Todas las políticas ambientales, de salud, seguridad y otros aspectos de interés público que no sean discriminatorias, así como los asuntos estatales y municipales y las decisiones de los juzgados nacionales deben mantenerse explícitamente fuera del alcance de las reglas de protección al inversionista.

I. ANTECEDENTES

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es un acuerdo comercial internacional entre los Estados Unidos, México y Canadá que entró en vigor en 1994. A diferencia de los acuerdos comerciales que lo precedieron, el alcance del TLCAN se extendió mucho más allá de los temas de comercio tradicionales, tales como aranceles y cupos para el comercio de bienes, para incluir capítulos enteros sobre los derechos de los inversionistas extranjeros, la propiedad y la reglamentación nacional de los servicios, incluyendo la forma en que se pueden gastar los dineros provenientes de los impuestos en compras del Estado y contrataciones públicas. El Capítulo 11 del TLCAN contiene las reglas del TLCAN sobre inversiones. Fue diseñado para otorgar protecciones legales especiales y nuevos derechos a las empresas de un país del TLCAN, que hacen negocios en otro país del TLCAN. El Capítulo 11 es inusual porque prevé la ejecución forzada de estos derechos del inversionista en el ámbito privado a instancias de los propios inversionistas, fuera del sistema judicial nacional y en tribunales privados de comercio. A este sistema de ejecución privado se lo denomina sistema de solución de controversias “inversionista-Estado”. Contrasta con el sistema de solución de diferencias Estado-Estado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y otros acuerdos multilaterales, en los que solamente las naciones signatarias de los acuerdos pueden tomar acciones para hacer cumplir los términos de los mismos.

Los inversionistas han usado el sistema de ejecución de inversionista-Estado del TLCAN para impugnar fallos de los juzgados nacionales, políticas ambientales estatales y municipales, contratos municipales, políticas impositivas, normativas nacionales sobre sustancias controladas, políticas federales y estatales contra los juegos de azar, medidas de emergencias adoptadas para impedir la difusión de la enfermedad de la vaca loca, la supuesta omisión de un gobierno nacional de garantizar los derechos de agua, e incluso la prestación de servicios postales públicos. En la mayoría de los ejemplos, los demandantes han pedido millones de dólares en indemnización por daños y perjuicios, alegando que esas medidas regulatorias y acciones de gobierno afectaron negativamente su rentabilidad. Al menos una empresa del TLCAN ha conseguido ganar \$15,6 millones en un caso de "regulación expropiatoria" que no habría sido posible bajo la Constitución de los EE.UU. o la legislación sobre “expropiaciones” de muchos países. Si un inversionista del TLCAN gana su caso en los tribunales arbitrales, el país perdedor está obligado a indemnizar a la empresa, y el pago se efectúa con los dineros provenientes del erario público.

El sistema de inversionista-Estado fue diseñado para operar a puertas cerradas. Los casos inversionista – Estado del TLCAN se litigan ante tribunales especiales de arbitraje comercial que, en general, tienen procedimientos confidenciales, no tienen mecanismos de participación, ni observación, ni insumos de carácter público. Las decisiones adoptadas por estos organismos, que no cuentan con ningún proceso de apelación, son obligatorias para los gobiernos nacionales. Dos entidades de arbitraje, que se describen más adelante, son designadas en el Capítulo 11 del TLCAN como las sedes para los arbitrajes de ejecución privada de los términos del TLCAN: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. Estos dos organismos no proporcionan las garantías procesales básicas ni las garantías de transparencia y apertura al público que proporcionan los juzgados nacionales. Durante los procesos, los documentos pueden ser declarados como confidenciales, los funcionarios cuyas políticas son impugnadas no tienen derecho a participar, y el público y la prensa no están habilitados para observar los procesos. Por el contrario, los paneles compuestos por tres árbitros profesionales, se reúnen para escuchar los argumentos de los contendientes en lugares que, en general, son muy distantes del lugar donde se generó la controversia. En vez de actuar como conciliadores, los miembros de los tribunales se

convierten en juez y jurado y pueden laudar que un país miembro del TLCAN debe pagar indemnizaciones por montos ilimitados del dinero de los contribuyentes a empresas cuyos derechos, en opinión de los tres árbitros, han sido vulnerados en el marco del TLCAN.

Además, a medida que más empresas usan el Capítulo 11 del TLCAN para atacar las políticas federales, estatales y municipales, las protecciones al inversionista del TLCAN y su mecanismo de ejecución forzada en el ámbito privado hacen que se preste mayor atención al modelo de inversiones del TLCAN. La administración Bush ha estado deseosa de ampliarlo a otros TLC, incluidos el Tratado de Libre Comercio de América Central (TLCAC ó CAFTA, por su sigla en inglés), que ampliaría el TLCAN a cinco naciones centroamericanas y la República Dominicana, y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), una propuesta de ampliación del TLCAN a 31 países en el hemisferio. Además, las reglas de inversión al estilo del TLCAN son la base del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) de los Estados Unidos y de los TBI propuestos.

Como el modelo de inversiones del TLCAN tiene actualmente una historia de once años, es esencial observar detenidamente los casos del TLCAN que han sido sentenciados a la fecha, antes de ampliarlo a más naciones. Este informe se concentra en los detalles de 12 de los 42 casos y demandas del TLCAN conocidos, porque el registro histórico de los inversionistas que utilizan el sistema de ejecución inversionista-Estado constituye la mejor evidencia de la amenaza que representa el modelo de derechos del inversionista del TLCAN para las políticas resueltas democráticamente, la gobernanza democrática y el imperio de la ley.

Hoy son muchos y diversos los actores que levantan sus voces no para pedirle a sus gobiernos que incluyan estos derechos ampliados de los inversionistas en nuevos acuerdos comerciales, sino por el contrario para que los dejen fuera. Este enfoque tiene un precedente. Ante la presión del congreso australiano, (que estaba a su vez bajo una enorme presión política nacional), la administración Bush no incluyó el mecanismo de inversionista-Estado en el TLC EE.UU.-Australia de 2004. El tratado contiene en cambio muchos de los mismos derechos y privilegios sustantivos para los inversionistas extranjeros y permite que los dos gobiernos reconsideren el uso de la ejecución forzada inversionista-Estado en el futuro. De todas formas, la exclusión de este mecanismo significó un avance importante, que sin duda tuvo relación con las importantes inversiones de empresas australianas en los Estados Unidos y viceversa, un hecho que abriría la posibilidad de una gran cantidad de ataques a las legislaciones y reglamentaciones nacionales de ambos países.

El Tratado de América Central está previsto que se vote en 2005. Por lo tanto, un análisis cuidadoso de los once años de vigencia de las reglas de inversiones del TLCAN puede ser el medio más prudente para evaluar la utilidad del modelo para el TLCAC y otros TLC futuros.

Comenzamos esta sección de antecedentes describiendo los derechos extraordinarios que otorga el TLCAN a los inversionistas; el mecanismo de ejecución forzada en el ámbito privado que se usa para asegurar el cumplimiento de estos derechos y la indemnización en efectivo; el esfuerzo fallido que realizaron los ministros del TLCAN para “corregir” los peores excesos de este tratado; la omisión de parte del Representante de Comercio de Estados Unidos de llevar adelante los dictados del Congreso de este país de impedir que los inversionistas extranjeros gocen de mayores derechos que los que tienen los inversionistas estadounidenses en el marco de la legislación nacional; y los cuestionamientos cada vez más numerosos presentados por juristas y eruditos respecto a la inconstitucionalidad del mecanismo del Capítulo 11 del TLCAN. En las secciones que siguen, examinamos los principales casos de interés público presentados al amparo del TLCAN, las nuevas demandas de interés público amparadas en el TLCAN, y otros casos y demandas del TLCAN presentados.

Los inversionistas y sus nuevos derechos y privilegios bajo el TLCAN

Según las reglas del TLCAN, un "inversionista", facultado para utilizar el sistema de solución de controversias estipulado en el Capítulo 11 de ese tratado, está definido como alguien que realiza una inversión bajo el TLCAN. Hay una larga lista de actividades empresariales que constituyen una "inversión", según la definición del TLCAN, que incluye, entre otras:

- una empresa (definida como cualquier entidad constituida como persona jurídica privada o pública, incluidos cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones ("partnership"), empresas de propietario único, conversiones ("joint venture") u otras asociaciones;
- acciones de una empresa;
- obligaciones de una empresa;
- un préstamo a una empresa;
- la participación en una empresa, que le permita al propietario participar en las utilidades de la empresa;
- bienes raíces u otras propiedades utilizadas con fines comerciales, y
- la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte Contratante.¹⁴

Bajo el sistema de solución de controversias 'inversionista - Estado' del TLCAN, únicamente se puede demandar a las "Partes Contratantes" del TLCAN. Es decir, que los gobiernos nacionales de México, Canadá y Estados Unidos tienen que ejercer la defensa frente a los casos elevados por inversionistas privados. Sin embargo, con las nuevas garantías para los inversionistas bajo el Capítulo 11 del TLCAN, hay una extensa gama de normas y leyes estatales y municipales que están expuestas a impugnación por los inversionistas. "Cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica" puede ser impugnado en el marco del TLCAN como "medida" gubernamental que infringe los derechos del inversionista.¹⁵ Los gobiernos estatales y municipales cuyas políticas son impugnadas como violaciones del TLCAN tienen que confiarle su defensa al gobierno nacional, ya sea que el gobierno nacional esté de acuerdo con la política estatal o no.

El Capítulo 11 del TLCAN contiene un conjunto de nuevos derechos y garantías para los inversionistas. Hay cinco derechos básicos o privilegios que han sido violados bajo el TLCAN, según los inversionistas:

- El Artículo 1110 del TLCAN le garantiza a los inversionistas extranjeros que los gobiernos del TLCAN los indemnizarán —con dineros de las arcas del Estado (es decir, de los contribuyentes)— por cualquier expropiación gubernamental directa (es decir, nacionalización), o cualquier otra medida "equivalente a" una expropiación o a una expropiación "indirecta".¹⁶ Dicha cláusula es la base de las demandas por regulación expropiatoria que se han presentado bajo el Capítulo 11.
- El Artículo 1102 del TLCAN incluye una cláusula de "trato nacional" que obliga a los gobiernos a brindarle a los inversionistas extranjeros de un país signatario del TLCAN un trato no menos favorable que el que le otorga a sus propios inversionistas nacionales, en lo referente a todas las fases y aspectos de la inversión, desde el establecimiento inicial de la inversión hasta la venta u otra disposición de la inversión.¹⁷
- El Artículo 1103 del TLCAN estipula el "trato de nación más favorecida", una cláusula que obliga a los gobiernos a brindarle a los inversionistas extranjeros de los países signatarios un trato no menos favorable que el mejor de los tratos obtenido por un inversionista de otro

país signatario, o incluso de otros países que no son partes del tratado, aun si ese trato que reciben es mejor que el que perciben los inversionistas nacionales.¹⁸ Esta cláusula puede ser, y de hecho ha sido interpretada de manera tal que los derechos de inversión que haya cedido el país receptor a cualquier país bajo cualquier tratado tendrá que otorgárselos también a todas las naciones con las que el país receptor tenga obligaciones de trato de nación más favorecida.¹⁹

- El Artículo 1105 del TLCAN contiene una cláusula sobre "nivel mínimo de trato", que estipula que los inversionistas deben recibir un trato "acorde con el derecho internacional", entre otras especificaciones, "un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas".²⁰ Esta vaga disposición en la que todo cabe ya fue utilizada en varias demandas 'inversionista - Estado' para ampliar dramáticamente el alcance de las garantías y la protección exigidas bajo el TLCAN para los inversionistas.
- El Artículo 1106 del TLCAN prohíbe el uso de "requisitos de desempeño", una disposición utilizada para prescribir condiciones para la inversión, tales como reglas para la fabricación de bienes que deben tener un cierto porcentaje de insumos o contenido nacional, la obligatoriedad de emplear mano de obra local, o de desarrollar infraestructura local. Estas medidas están orientadas a definir las condiciones para la inversión extranjera de manera tal de garantizar que la inversión extranjera directa beneficie a las economías locales y no sólo a los inversionistas extranjeros.²¹

Mientras el TLCAN prevé un abanico de restricciones legalmente vinculantes a la acción normativa gubernamental, así como derechos y privilegios para los inversionistas extranjeros y un sólido sistema de aplicación privada de estas normas, los términos del TLCAN relativos al medioambiente u otros temas de interés público son débiles. En particular, el preámbulo no vinculante del TLCAN establece que las Partes resuelven fortalecer la creación y el cumplimiento de leyes y normas ambientales, así como promover el desarrollo sustentable. Además, el artículo 1114 del capítulo de inversiones del TLCAN hace referencia a la protección del medioambiente. El artículo 1114.1 estipula que nada en el Capítulo 11 podrá impedir que una Parte mantenga medidas para asegurar que la inversión se aplique respetando el medioambiente. El artículo 1114.2 señala que las Partes no "deberían" alentar las inversiones debilitando, eliminando o derogando sus normativas nacionales en materia de salud, seguridad y medioambiente. Por supuesto, a diferencia de las reglas del TLCAN para los inversionistas, esta cláusula es opcional, no obligatoria. El término "deberán" es utilizado para definir los derechos de los inversionistas, mientras que cuando se hace referencia a las condiciones ambientales se estipula que estas "deberían" cumplirse. Es importante destacar ambas cláusulas ya que los tribunales arbitrales del mecanismo inversionista-Estado del TLCAN las han obviado casi por completo cuando han tenido que sopesar la protección del medioambiente y los derechos de los inversionistas en el marco del TLCAN.

Si una empresa o un inversionista considera que un gobierno ha violado estos derechos y garantías previstos en el TLCAN, puede utilizar el mecanismo inversionista-Estado para iniciar un proceso legal vinculante de resolución de controversias con el fin de reclamar indemnización monetaria por fuera del sistema judicial del país en cuestión. A diferencia de lo que estipulan muchos tratados de inversiones anteriores, ambas Partes tienen que consentir en que haya arbitraje, pero el inversionista puede iniciar un litigio y de ese modo obligar al país demandado a decidir si quiere o no participar en el arbitraje (sería imprudente para una nación no hacerlo).²²

Si bien es cierto que un panel de arbitraje del TLCAN en una disputa 'inversionista - Estado' no puede ordenarle directamente a un país del TLCAN que rescinda la ley o política en cuestión, los países se ven bajo enorme presión a hacer exactamente eso para evitar verse obligados a pagar

indemnizaciones multimillonarias a los inversionistas demandantes por causa de dichas leyes o políticas. De hecho, en el primer litigio 'inversionista - Estado' iniciado bajo el TLCAN, que involucraba a la empresa estadounidense Ethyl Corporation, Canadá ya había decidido revocar la medida ambiental y sanitaria que restringía el uso de un aditivo para gasolinas desarrollado por la Ethyl, aún antes que el panel correspondiente diera su veredicto final. Además, cuando una medida estadual o municipal es impugnada exitosamente al amparo del TLCAN, es el gobierno nacional quien carga con la responsabilidad financiera –generando así un incentivo poderosísimo para que éste presione a las autoridades estatales o municipales a rescindir tales políticas o restituirle el monto de la indemnización. El gobierno nacional podría intentar llevar a juicio a esas autoridades, promulgar nueva legislación nacional que deje sin efecto la normativa municipal o estadual impugnada, o simplemente retener los fondos nacionales destinados a las provincias o municipios, a fin de obligarlos a derogar las normas impugnadas. Si un gobierno nacional se negara a pagar la indemnización laudada, se podría convocar a un nuevo panel de arbitraje en el marco del mecanismo tradicional de resolución de disputas Estado-Estado previsto en el Capítulo 20 del TLCAN, pero hasta la fecha eso no ha ocurrido en ninguno de los casos presentados al amparo del Capítulo 11.²³

El sistema empresarial de solución de controversias del TLCAN: Ejecución privada de un tratado público

El Capítulo 11 del TLCAN detalla dos organismos internacionales de arbitraje ante los cuales se pueden dirimir las disputas 'inversionista - Estado'. Ambos organismos funcionan con reglas y procedimientos similares, que excluyen al público mientras que a los inversionistas los escucha con simpatía. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que opera bajo los auspicios del Banco Mundial, empezó a funcionar en 1966 como brazo ejecutivo de un tratado internacional conocido como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Ese convenio le asignó al CIADI el papel de administrar un sistema de arbitraje completamente nuevo que se acababa de crear para tramitar las disputas entre los países y los inversionistas privados extranjeros. En términos generales, ese nuevo sistema tenía por objeto resolver los casos de disputas contractuales específicas entre gobiernos y empresas contratistas. No fue creado para juzgar delicados temas de política pública, ni el uso apropiado de la autoridad normativa del Estado.²⁴

El alcance institucional del CIADI se amplió cuando se aprobó el llamado "Reglamento del Mecanismo Complementario" del CIADI en 1978. Esas reglas permitieron que se entablaran demandas aún en los casos en que el país de radicación del inversionista o el país en contra del cual se elevaba un caso no fuesen signatarios del Convenio del cual el CIADI es su brazo ejecutivo. En 1994, el CIADI asumió un nuevo papel al ser nombrado por los negociadores del TLCAN como uno de los dos organismos de arbitraje facultado para atender demandas de inversionistas previstas en el Capítulo 11 del TLCAN. Si bien ni México ni Canadá son signatarios del CIADI, cualquier caso del TLCAN en el que una de las partes sea de EE.UU. tiene que ser visto por el CIADI, conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario. Entretanto, cualquier caso 'inversionista - Estado' del TLCAN que involucre conjuntamente a Canadá y México, tendrá que ser juzgado bajo las reglas de la CNUDMI.

A pesar de la rápida proliferación de tratados bilaterales de inversión en los últimos años, hasta hace muy poco la cantidad de casos elevados ante el CIADI era muy limitada. Sin embargo, en los ocho años pasados, "las compuertas parecen haberse abierto", según palabras del sub-Secretario General del CIADI.²⁵ Más del 75% de los casos que dirige el CIADI fueron iniciados después de principios

de 1997: desde entonces se han registrado 127 casos –tres veces más que los registrados en toda la historia anterior del CIADI.²⁶

Los tribunales arbitrales del CIADI son designados caso a caso, y no existe ningún requisito que exija que los jueces árbitros se hayan desempeñado anteriormente en ninguna función similar. Más sorprendente aún es el hecho que las Partes del caso generalmente designan ellas mismas a los miembros del tribunal –un sistema que quizás sea adecuado para disputas contractuales privadas, pero no así cuando están en juego políticas públicas.

La mayor parte de las veces, incluso bajo el TLCAN, el inversionista y el país implicado designan un juez árbitro cada uno, y esos dos jueces árbitros iniciales escogen un tercero que oficia de presidente del tribunal. Si las Partes no se ponen de acuerdo sobre ese tercer juez árbitro, el Secretario General del CIADI está facultado para escogerlo de una lista o "panel" de jueces árbitros designados por los países miembros.²⁷ Por otra parte, no está prevista la participación como amicus para terceros interesados, y no existe un procedimiento de apelación estandarizado como del que sí disponen los juzgados nacionales.²⁸ Si bien el CIADI prevé la posibilidad de anulación de un fallo con base en criterios muy específicos, eso no constituye un procedimiento de apelación.²⁹

CNUDMI es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En 1976 adoptó un Reglamento de Arbitraje al que pueden acogerse Partes de cualquier país.³⁰ Puesto que ni México ni Canadá son signatarios del CIADI, cualquier caso del TLCAN en materia de derechos de los inversionistas, en el que ambas Partes sean de estos dos países, tendrá que ser juzgado bajo las reglas de la CNUDMI. Cualquier otra disputa sobre inversiones en el marco del Capítulo 11 del TLCAN también puede ser presentada ante la CNUDMI.

En sí mismas, las reglas de la CNUDMI para el proceso de arbitraje son muy similares a las del CIADI, incluso las reglas para la selección de los jueces árbitros. Sin embargo, a diferencia del CIADI, CNUDMI sólo proporciona un conjunto de reglas, y no cuenta con personal calificado para hacer la supervisión administrativa de los procesos de arbitraje. No reúne ni compila sus decisiones finales y, por ende, no puede hacerlas accesibles al público. De hecho, CNUDMI no reúne y por tanto no publica ni siquiera la información básica sobre los casos ya cerrados ni aquellos aún pendientes de resolución, aunque los propios demandantes algunas veces los hacen públicos. Por lo tanto, un caso puede procesarse durante años sin que el público ni siquiera llegue a percatarse de su existencia y se desconoce la historia de los casos que se han sometido a arbitraje bajo sus reglas. Además, puesto que no cuenta con personal para supervisar los casos, no está prevista en absoluto la eventual anulación de las decisiones del tribunal, a diferencia de lo que ocurre en el CIADI. Visto lo antedicho, los procesos de la CNUDMI ofrecen aún menos transparencia y participación pública que aquellos que se dirimen según las reglas del CIADI, que en sí mismas son deficitarias en términos de las normas de acceso a la información y proceso debido que rigen para los juzgados nacionales.

Dado que estas reglas fueron creadas para arbitrar disputas relativas a contratos privados entre inversionistas y Estados receptores, los procesos de arbitraje del CIADI y de la CNUDMI son cerrados y no rinden cuentas a nadie. Por ejemplo, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, establece que “las deliberaciones del tribunal deben llevarse a cabo en privado y permanecer secretas”,³¹ por lo cual tradicionalmente sólo se filtra un mínimo de información al público respecto a los litigios. El CIADI sí publica en su sitio de Internet alguna información básica como los nombres de las Partes implicadas, los jueces árbitros y la fecha de presentación de la demanda, pero CNUDMI ni siquiera brinda ese tipo de información básica. Ninguno de estos dos organismos está facultado para hacer pública la información sobre los fallos finales y el monto de las indemnizaciones sin el consentimiento de las dos Partes implicadas. El CIADI publica a menudo

información sobre el monto de las indemnizaciones en su sitio de Internet, más no así la CNUDMI.³²

Es más, hay muchas posibilidades de que exista conflicto de intereses en las disputas amparadas en el Capítulo 11 del TLCAN. El hecho que se permita a las Partes en conflicto designar a los árbitros plantea problemas potenciales, tal y como lo ilustra el caso Methanex amparado en el Capítulo 11 del TLCAN, referido a la prohibición del aditivo MTV para la gasolina dispuesta por el estado de California. El árbitro Warren Christopher renunció al caso cuando la empresa Methanex protestó por el vínculo cercano entre el ex Secretario de Estado y el entonces gobernador de California Gray Davis, cuyas acciones estaban siendo dirimidas en el litigio. De otra parte, los grandes estudios jurídicos promocionan a sus abogados al mismo tiempo como consejeros de los demandantes y como árbitros del TLCAN, sugiriendo que esta doble experiencia –como abogados y jueces- es especialmente valiosa para los clientes que buscan asesoramiento para litigios presentados al amparo del Capítulo 11.³³

La carencia casi total de transparencia y participación pública en el CIADI y el CNUDMI, combinada con los vastos poderes que detentan sus tribunales para adjudicarle sumas infinitas de dinero de los contribuyentes a las empresas que entablan litigios en el marco del TLCAN, plantean serias dudas sobre si estos mecanismos privados realmente constituyen una instancia legítima y adecuada para el arbitraje de temas de interés público tan importantes. En respuesta a las críticas crecientes, el propio CIADI ha propuesto una serie de reformas relativas a la previsión de un mecanismo para la satisfacción de entredichos, mayor acceso del público a los laudos, la participación de amici, normas para los árbitros sobre liberación de información, y un procedimiento de apelación.³⁴ El Convenio CIADI sólo se puede enmendar si los 140 Estados contratantes ratifican la enmienda, pero el proceso para enmendar el Reglamento del Mecanismo Complementario es más sencillo. En este momento es difícil saber con claridad el grado de oposición que deberán enfrentar estas reformas, cuál será el mecanismo para su aprobación, y cuánto tiempo tardará dicho proceso de reforma. Como lo demuestran los casos descritos en detalle en este informe, estos procesos a puerta cerrada ya le han rendido beneficios a los inversionistas extranjeros, a costa del interés público.

Aumentan las críticas al Capítulo 11 y los ministros de comercio del TLCAN emiten una “declaración interpretativa”

En respuesta a la creciente atención de la prensa y las críticas al proceso inversionista-Estado a puertas cerradas del TLCAN, el 31 de julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN compuesta por los tres ministros de comercio de los países miembro, emitió una “declaración interpretativa” con relación al Capítulo 11 del TLCAN³⁵: el artículo 1131 (2) del TLCAN permite a la Comisión de Libre Comercio formular interpretaciones de las reglas del TLCAN si éstas son acordadas de consenso. La declaración respondió a las crecientes críticas de los grupos ambientalistas y de consumidores al sistema inversionista-Estado del TLCAN, al tiempo que los tribunales del TLCAN continuaban emitiendo fallos contradictorios y polémicos. Es importante analizar esta declaración y comprender los “arreglos” que pretenden resolver los problemas del TLCAN ya que hoy se usa un lenguaje similar en las negociaciones de nuevos tratados de libre comercio como en el TLCAC.

La interpretación del Capítulo 11 que establece la Comisión del TLCAN en 2001, aborda dos temas. Primero, en respuesta a una andanada de duras críticas sobre los procesos a puertas cerradas del TLCAN, los ministros de comercio abordan el tema de la transparencia. Se establece que las Partes del TLCAN (o sea los Estados signatarios del tratado) “acuerdan hacer accesibles a la

opinión pública de manera oportuna todos los documentos entregados o emitidos por un tribunal del Capítulo 11”, con la excepción de la información comercial confidencial, la información privilegiada, u otra que goce de algún tipo de protección en el marco de la legislación nacional de la Parte, y “la información que la Parte deba reservar de conformidad con las reglas de arbitraje pertinentes, según éstas se apliquen”.³⁶ Esta última cláusula es la pertinente. El problema de la declaración es que no modifica las reglas de arbitraje subyacentes, como las de CIADI y CNUDMI, que otorgan a los inversionistas demandantes el derecho a procesos a puerta cerrada. Como mucho, la aclaración del TLCAN es la afirmación de los gobiernos signatarios de que si el contendiente se lo permite, intentará que las argumentaciones sean orales y abiertas al público. Sin embargo, en el marco de esta interpretación sigue siendo posible que temas graves que son de interés público puedan ser resueltos a puertas cerradas en el marco del TLCAN.

En la declaración además, los gobiernos signatarios del TLCAN establecen que “ninguna de las disposiciones del TLCAN impone un deber general de confidencialidad sobre las Partes contendientes en un arbitraje del Capítulo 11, y, sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), ninguna disposición del TLCAN impide a las Partes proporcionar acceso público a los documentos sometidos al tribunal del Capítulo 11 o emitidos por dicho tribunal”.³⁷ Los gobiernos signatarios del TLCAN declaran entonces que darán a conocer al público los documentos de los arbitrajes del Capítulo 11 del TLCAN, y al parecer así lo han hecho. Los tres gobiernos del TLCAN tienen sitios web del Capítulo 11 donde publican material sobre los casos de arbitraje³⁸, y es posible acceder allí a documentos claves como la “notificación de arbitraje” (el escrito legal con el cual el demandante inicia el procedimiento arbitral), el alegato de defensa de los gobiernos, y transcripciones de las audiencias. Sin embargo, el gobierno de los Estados Unidos no publica las “notificaciones de intención” de recurrir al mecanismo de arbitraje, que constituyen el primer paso de presentación de una controversia y que le permitiría al público y a la prensa tomar nota con anticipación de los casos nuevos. Si bien los futuros procedimientos podrán continuar siendo a puertas cerradas al público, al menos dos audiencias de tribunales (en los casos de Methanex y UPS) se han realizado a puertas abiertas, y en el caso de Methanex, el panel del TLCAN acordó recibir dos escritos *amici* de grupos representantes del interés público. No obstante, el derecho del público a participar en forma limitada a través de los escritos *amici* no está asegurado. Los paneles del TLCAN deciden en cada caso en particular si permitirán o no la presentación de estos escritos.

Es importante destacar que en la práctica, la declaración no significa un gran aporte para la solución de los problemas de falta de transparencia. Los ciudadanos y otras partes interesadas, como los funcionarios estatales y municipales electos, no tienen ningún derecho o recurso para participar sustantivamente como Partes en los procedimientos. A los ciudadanos de California preocupados por la contaminación con MTBE de sus pozos y por el potencial impacto de un laudo del TLCAN, el que un tribunal del TLCAN que funciona a gran distancia en Washington D.C. haya abierto las audiencias orales al público, no los conforta demasiado. El futuro valor de sus propiedades -que se ve muy afectado por el hecho de tener o no acceso a agua potable protegida por la prohibición del MTBE en el estado de California- y de una política estatal significativa, serán decididos por un sistema de arbitraje obtuso y exclusivo que hace caso omiso de las protecciones de un proceso debido y de otros derechos procesales sustantivos consagrados por la Constitución de los Estados Unidos.

Además, la nota interpretativa del Capítulo 11 realizada en 2001 por la Comisión del TLCAN también apuntaba a dejar claro el significado de la garantía de un “nivel mínimo de trato” conforme al derecho internacional prevista por el artículo 1105 del TLCAN, que había recibido distintas interpretaciones por parte de distintos paneles del TLCAN. La interpretación establece simplemente que el artículo 1105 otorga los derechos y protecciones que consagra el derecho internacional “consuetudinario”. Lamentablemente, la redacción utilizada por los ministros de comercio entra en

conflicto con la redacción directa del TLCAN y no define qué queda comprendido en el término derecho internacional “consuetudinario”. En consecuencia, aunque se nos informa que la intención es establecer una interpretación tradicional, no sabemos qué cuerpo de leyes se encuentra incluido, y lo que queda en pie es una norma extremadamente vaga y abierta que puede utilizarse para impugnar iniciativas de protección del medioambiente y otras políticas de interés público.

Por otra parte, la interpretación pretendía poner fin a las reclamaciones en el marco del TLCAN basadas en que la conclusión de un panel del TLCAN de incumplimiento de otro tratado, por ejemplo, de un acuerdo de la OMC, constituye una violación del artículo 1105 sobre el nivel mínimo de trato en el marco del derecho internacional. El texto establece que “la determinación de que se ha infringido otra disposición del presente tratado [TLCAN], o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha infringido este artículo 1105(1)”. Esta redacción puede reducir al mínimo el número de contendientes que intentan importar obligaciones de otros tratados vía artículo 1105, pero no impide la posibilidad de que las empresas utilicen la cláusula de nación más favorecida del Capítulo 11 para importar obligaciones más favorables de otros tratados. Esto se ha intentado con éxito en casos relativos a tratados bilaterales de inversiones presentados ante el CIADI y puede ser solo cuestión de tiempo antes de que una empresa triunfe en el intento de llevarlo al contexto del TLCAN.³⁹

Una de las causas del giro político que precipitó la nota interpretativa de los Ministros de Comercio fue la amenaza en ciernes de laudos contrarios a los gobiernos en una serie de casos, debido a una interpretación amplia del nivel mínimo de trato del artículo 1105 del TLCAN. En particular, los Estados Unidos estaban muy preocupados ante la posibilidad de perder el caso del MTBE en California por miles de millones de dólares, si no se limitaba el alcance del artículo 1105. Pero el problema es que quedará a criterio de cada tribunal particular resolver en cada caso si esta nota representa una interpretación legítima del tratado o un esfuerzo indebido para enmendarlo fuera de tiempo. Algunos abogados de renombre han señalado que si los autores del TLCAN hubieran querido agregar la palabra “consuetudinario” al texto del TLCAN, lo habrían hecho, y que la acción de los ministros no es más que un intento inapropiado de introducir una visión contrapuesta. Este punto de vista se apoya en una declaración jurada de Guillermo Aguilar Álvarez durante las negociaciones -principal asesor jurídico del Ministerio de Comercio Exterior de México que negociara el Capítulo 11 en representación de su país- donde expresaba que México rechazaba explícitamente el constructo de derecho internacional “consuetudinario”, en gran medida debido a que este término abarca mayoritariamente jurisprudencia estadounidense y europea.⁴⁰ Si bien hasta el momento existe un número muy reducido de fallos posteriores a la interpretación, hasta el momento parecería que los tribunales del TLCAN están adoptando la interpretación.

Mientras tanto, en esta nota interpretativa limitada, los ministros de comercio de los tres países del TLCAN se negaron a abordar los problemas clave del Capítulo 11 señalados por legisladores y analistas políticos en los tres países. Las disposiciones del artículo 1110 sobre regulaciones expropiatorias han sido las más cuestionadas. Sin embargo, los ministros de comercio se negaron a proponer una interpretación para esta disposición o a limitar su uso de alguna manera. También se negaron a abordar la definición en permanente expansión de los términos “medida” del gobierno e “inversión”, que han generado una serie de numerosos casos nuevos fundados en expectativas de rentabilidad futura y participación en el mercado.

TBI: uno tras otro los tratados bilaterales de inversiones están socavando la soberanía latinoamericana

En algunas partes de América Latina ya se han hecho sentir los efectos de las normas sobre inversiones del tipo TLCAN, que se han incluido en muchos Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI). Si bien realizar una historia completa de la legislación sobre inversiones extranjeras excede los objetivos de este informe, presentamos un breve análisis de la imposición del modelo del TLCAN de protección a las inversiones extranjeras a través de los TBI y los TLC.

Doctrina Calvo vs Fórmula Hull: Los defensores de las normas sobre inversiones del tipo TLCAN toman como ejemplo la historia de las expropiaciones post-revolución en México para ilustrar la necesidad de aumentar las protecciones para los inversionistas extranjeros. Después de la revolución mexicana, la Constitución de 1917 consagró la reforma agraria como la base del gobierno revolucionario en ese país. La nueva constitución estableció el sistema de ejidos, un programa de cooperativas campesinas que redistribuyó la tierra agrícola pasando de un sistema de haciendas enormes, propiedad de unos pocos ricos, a uno de propiedad colectiva con participación de millones de campesinos que recibieron títulos de propiedad comunal sobre las tierras, que si bien podían pasar a sus herederos o a otros habitantes de la comunidad, no podían transferir fuera de la comunidad. En 1938, el gobierno mexicano se hizo cargo del control de la producción y distribución de petróleo, que en ese momento era de propiedad totalmente extranjera. Las expropiaciones de la industria petrolera “estuvieron motivadas por el deseo de asegurar que los mexicanos controlaran el petróleo mexicano y se basó en el artículo 27 de la Constitución de 1917, que le otorgó la propiedad del subsuelo y los minerales al gobierno mexicano”.⁴¹

Tanto los primeros programas de distribución de la tierra como las expropiaciones posteriores del petróleo, fueron objeto de protestas diplomáticas y una abundante correspondencia entre los Estados Unidos y México. El Secretario de Estado de EE.UU. Cordell Hull argumentó vigorosamente que las reclamaciones de los Estados Unidos respecto de las expropiaciones de petróleo se remitieran a un arbitraje vinculante y a una indemnización “rápida, adecuada y efectiva”. El gobierno mexicano manifestó su voluntad de indemnizar a las empresas, pero insistió en que la indemnización se haría de acuerdo a las leyes mexicanas y que los demandantes primero debían buscar agotar las instancias locales.⁴²

Se caracterizó al gobierno mexicano como defensor de la doctrina Calvo. Esta doctrina, toma su nombre del eminente jurista argentino Carlos Calvo, quien en 1896 declaró que “la responsabilidad de los gobiernos hacia los extranjeros no puede ser mayor que la que tienen hacia sus propios ciudadanos”.⁴³ Si bien a los Estados Unidos le hubiera gustado ver consagrada en el derecho internacional la fórmula Hull de un arbitraje internacional fundado en la legislación internacional y una indemnización rápida, adecuada y efectiva, la doctrina Calvo ha sido la filosofía dominante con relación a las inversiones, expropiaciones e indemnizaciones en México y América Latina en buena parte del siglo XX. Las leyes y constituciones de muchos países latinoamericanos reflejan los elementos fundamentales de la doctrina Calvo.⁴⁴

Los países en desarrollo de otras partes del mundo también tuvieron una visión diferente a la de los Estados Unidos en materia de expropiación e indemnización. Muchos países, en particular aquellos que sufrieron una historia de colonialismo rapaz, trabajaron en las instituciones internacionales en las décadas de 1960 y 1970 para consagrar el principio de que las naciones tienen, dentro de sus límites nacionales, el derecho reconocido a la propiedad y el control de la tierra y otros recursos naturales. En 1974, por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados. La Resolución 3281, artículo 2(2) (c) de la Carta establece el derecho de las naciones independientes a nacionalizar, expropiar o transferir la

propiedad extranjera, y al pago de una indemnización “adecuada” con debido resguardo de la legislación y la normativa del Estado receptor. También prescribe como preferencia que las controversias se solucionen en el marco de la ley nacional del Estado que procede a la nacionalización. Este texto fue considerado una victoria de los defensores de la doctrina Calvo.

Los dieciséis países exportadores de capital (es decir, aquellos de donde provenía la inversión extranjera) votaron en contra de este artículo de la Carta.⁴⁵ Sin duda como respuesta a estos acalorados debates en las Naciones Unidas, muchos países europeos comenzaron a desarrollar tratados bilaterales de inversiones con reglas más favorables a los derechos de los inversionistas extranjeros, que el trato que recibirían en el marco de los principios de la carta de Naciones Unidas.

El Programa de Tratados Bilaterales de Inversiones de Estados Unidos: Antes de la era del TLCAN, existía una variedad de puntos de vista sobre los temas referidos a inversión extranjera, expropiación e indemnización. En 1977, la administración Carter inició el Programa de TBI de EE.UU. El lanzamiento del Programa de TBI se puede considerar como un nuevo intento para consagrar la fórmula Hull de una indemnización “rápida, adecuada y efectiva”, como el trato que se debe dar a los inversionistas extranjeros. Los TBI establecieron normas legales respecto a los derechos de los inversionistas extranjeros, incluyendo disposiciones amplias sobre el trato de nación más favorecida, la no-discriminación, los derechos de los inversionistas a los que se expropia su propiedad, el derecho de transferencia de fondos al exterior, y el derecho de elegir al personal independientemente de su nacionalidad.⁴⁶ También daban lugar a recurrir a los sistemas de arbitraje internacional para la solución de controversias.

El programa de TBI tuvo un comienzo lento. Antes del TLCAN entraron en vigencia sólo un puñado de TBI que se usaron muy poco. Estos primeros TBI, en general, se firmaron con países en desarrollo pobres o con países con economías en transición del bloque oriental y la exUnión Soviética, considerados nuevas oportunidades de inversión para las empresas estadounidenses.

En su mayor parte, los TBI tuvieron como motivación la resolución de controversias en el marco del derecho privado, principalmente aquellas disputas contractuales entre un inversionista extranjero y el país receptor. Los términos específicos para iniciar un procedimiento de arbitraje estaban establecidos en los propios contratos, y habitualmente exigían el consentimiento de ambas partes. Si se acordaba someter una controversia a arbitraje, una parte importante del análisis se centraba en los términos del contrato. Si no existía consentimiento de parte del gobierno para recurrir a un arbitraje internacional, las empresas recurrían a los tribunales nacionales del Estado receptor para dirimir sus reclamaciones.

En 1990, sin embargo, esta norma cambió con el fallo del caso *Asian Agriculture Products Lt. v. República de Sri Lanka*, presentado ante el CIADI.⁴⁷ Éste es el primer pleito inversionista-Estado en que la jurisdicción no se definió en base a los términos específicos de un contrato o de otro acuerdo por escrito entre el inversionista y el Estado receptor, sino según los términos generales de un TBI. El caso sentó el precedente de que ya no era necesario que el consentimiento de las Partes de resolución de disputas por arbitraje figurara en términos explícitos en el contrato, ya que dicho consentimiento podía inferirse de las disposiciones generales del tratado de inversiones.⁴⁸ En conjunto con la omisión de los TBI de exigir el agotamiento de los recursos legales nacionales, estos hechos marcaron un “cambio drástico en el marco legal de las inversiones.”⁴⁹ El resto de la década estuvo marcado por la rápida proliferación de TBI en todo el mundo y un crecimiento sistemático del número de arbitrajes basados en los tratados.

Si bien Estados Unidos negociaron solamente cuatro TBI en los primeros cuatro años del programa de TBI,⁵⁰ actualmente ya ha firmado unos 39 tratados.⁵¹ En 2004, el número estimado de tratados

bilaterales en todo el mundo era aproximadamente 2.181.⁵² Según UNCTAD el número total de casos fundados en los tratados que se pusieron a consideración del CIADI aumentó de 3 en 1994 a 106 en 2004, un número muy superior al de los casos entablados en el TLCAN a la fecha.⁵³ La mitad de todas las demandas conocidas fueron presentadas en los últimos tres años.⁵⁴ No obstante, en la medida que los casos del CIADI probablemente representen sólo una pequeña parte del total de casos relativos a TBI, pueden haber cientos de otros casos en sistemas con mayores restricciones de acceso al público, como sucede con los sistemas de arbitrajes de la CNUDMI, la Cámara Internacional del Comercio o la Cámara de Comercio de Estocolmo. Ninguna de estas instituciones hace pública la información sobre los procesos de los casos procesados según sus reglas, e incluso los fallos pueden no darse a conocer al público a menos que las propias Partes los hagan públicos.

A la fecha ninguna ley estadounidense ha sido impugnada en el marco de un TBI,⁵⁵ sin embargo, muchas leyes y reglamentos de otras naciones son atacadas de conformidad a los términos de distintos TBI. Un breve documento reciente de UNCTAD sobre los TBI indica que se han presentado casos que abarcan una amplia gama de medidas de gobierno en varios sectores económicos, inclusive: “la construcción, los servicios de agua y saneamiento, la industria cervecera, concesiones de telecomunicaciones, servicios bancarios y financieros, hotelería, televisión y radiodifusión, manejo de desechos peligrosos, producción textil, producción de gas y petróleo y distintas formas de minería ”.⁵⁶

Los casos que se presentan a continuación, en los que los inversionistas intentan utilizar las disposiciones sobre inversiones redactadas en un lenguaje muy amplio para litigar contra los gobiernos de los países receptores reclamando el “lucro cesante”, son ilustrativos de los riesgos que corren las economías de los países en desarrollo en América Latina, el Caribe y el resto del mundo cuando se acompañan protecciones amplias al inversionista extranjero con restricciones a las prerrogativas de aplicar políticas nacionales en los países receptores, y se las hace coercitivas mediante el arbitraje inversionista-Estado.

Aguas del Tunari, S.A (Bechtel) vs República de Bolivia: Esta historia se desarrolla en un escenario que es bastante común en América Latina. En 1998, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial presionaron a Bolivia para que pusiera en práctica una reforma estructural de sus instituciones políticas y económicas para poder acceder a un préstamo por US\$138 millones.⁵⁷ La privatización de todas las empresas públicas, incluidas las de servicio de agua fueron parte de las condiciones de este programa.⁵⁸ Siguiendo una directiva del Banco Mundial, la ciudad de Cochabamba (tercera ciudad en población del país) firmó un contrato de concesión de los servicios de agua por 40 años, con un conglomerado liderado por la empresa Betchel, con sede en EE.UU. y una sociedad anónima subsidiaria holandesa con sede en Bolivia⁵⁹, llamada Aguas del Tunari (ADT), formada específicamente para este proyecto.⁶⁰ Esta concesión, fue un desastre desde el comienzo, con costos que superaron los beneficios en todos los aspectos.

Como parte de su “estrategia de recuperación de costos”, ADT subió las tarifas del agua en Cochabamba en forma significativa -de acuerdo a uno de los cálculos en un promedio del 43 por ciento⁶¹ y según informes de la prensa hubo subas que llegaron al 200 por ciento⁶² en su afán de financiar la construcción y operación de un nuevo proyecto de agua potable.⁶³ Los habitantes de la ciudad, muchos de los cuales sobreviven con menos de US\$100 por mes, no pudieron hacer frente a estos grandes aumentos y salieron a la calle a protestar.⁶⁴ Como respuesta, el gobierno prometió bajar las tarifas del agua; un mes después nada había cambiado. El pueblo salió a las calles nuevamente, pero esta vez fue reprimido por las fuerzas del gobierno. Se sucedieron dos enfrentamientos que terminaron en hechos de violencia, donde murió víctima de los disparos un joven manifestante de 17 años. Finalmente, después de cuatro meses de conflictos, el gobierno boliviano dio marcha atrás y revocó la concesión el 10 de abril de 2000.⁶⁵

Pero la historia no terminó aquí. El 25 de febrero de 2002, ADT presentó una denuncia contra Bolivia por cancelar la concesión, argumentando en su demanda que se había infringido el TBI entre Bolivia y Holanda.⁶⁶ En este caso, que todavía está pendiente en el CIADI del Banco Mundial, la empresa reclama una indemnización por US\$ 25 millones por pérdida de ganancias. Ni siquiera la tumultuosa historia de este caso puede ocultar lo elemental: una corporación privada que ganó US\$14,3 mil millones en el año 2000 inicia un litigio contra un gobierno que en ese momento tenía un PBI de US\$8 mil millones⁶⁷ y un presupuesto nacional de US\$ 2,7 mil millones⁶⁸ por actuar en el mejor interés de su pueblo.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. (Vivendi Universal) vs República Argentina: Este caso proporciona otro ejemplo de una compañía de agua con fines de lucro que usa el sistema de solución de controversias inversionista-Estado y reclama una indemnización enorme después de la cancelación del contrato de concesión debido a mala conducta de la empresa. En 1995, la compañía francesa Compagnie Generale des Eaux (posteriormente Vivendi Universal) y su filial argentina Compañía de Aguas del Aconquija S.A celebraron un contrato de concesión con la provincia argentina de Tucumán para desarrollar y operar el servicio de agua de la región.⁶⁹ Los hechos que precedieron el litigio original son una repetición de los del caso ADT/Bechtel-Bolivia. Vivendi asumió la misma estrategia de recuperación de costos que ADT/Bechtel, subiendo las tarifas para financiar el crecimiento del proyecto. Las facturas del agua aumentaron en un 70 por ciento, en una provincia empobrecida⁷⁰ Estos aumentos en los costos no sólo estaban muy por encima del poder adquisitivo de la mayoría de los habitantes de Tucumán, sino que no significaron ninguna mejora sustancial en el servicio de agua.⁷¹ En realidad, después de un año de firmado el contrato de concesión la presencia de sedimentos de manganeso llevó a que el agua en las canillas de la provincia saliera marrón, una señal de potencial peligro para la salud pública.⁷² Esto despertó una protesta generalizada entre la población, el boicot de los consumidores, y la desobediencia civil entre los ciudadanos que se rehusaron a pagar las facturas del agua. También provocó la creciente disconformidad del gobierno con la concesión. El gobierno provincial inició un juicio contra la empresa ante los tribunales nacionales cuando se descubrió que el agua estaba contaminada y finalmente canceló la concesión a fines de 1996.

En febrero de 1997, Vivendi presentó una demanda ante el CIADI por US\$300 millones por concepto de daños y perjuicios⁷³ contra la República Argentina por supuestos incumplimientos del TBI de 1991 entre Francia y Argentina.⁷⁴ Según la demanda de Vivendi, la regulación de las tarifas de Tucumán, incluyendo los esfuerzos por impedir los cortes de suministro por no pago, las multas por mala calidad del agua, las declaraciones públicas de legisladores impugnando a la compañía y otras acciones equivalen a una expropiación y que por ende fueron menoscabados sus derechos como inversionista.⁷⁵

El caso fue admitido por un tribunal del CIADI a pesar de que Argentina se opuso enérgicamente porque el mismo no era de competencia del CIADI. El contrato de concesión entre la provincia de Tucumán y Vivendi establecía explícitamente que las controversias sobre el contrato se someterían a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos locales y no hacía referencia en absoluto a ninguna otra posibilidad de solución de controversias, al TBI o al CIADI.⁷⁶ No obstante, el TBI Francia-Argentina consagra el derecho de los inversionistas a llevar las contiendas a un tribunal arbitral internacional. A pesar de que Argentina no participó en la selección de los miembros del tribunal y recurrió su competencia, finalmente se conformó un tribunal en la órbita del CIADI para laudar en el caso. Como era de esperar, el tribunal del CIADI decidió que el caso entraba dentro de su jurisdicción. Después de una serie de situaciones polémicas, incluida la denegación de la instancia, la anulación de esta denegación y la reconstitución del tribunal, el fallo final del caso todavía está pendiente habiendo transcurrido ya unos siete años desde el inicio del pleito.

Harken Costa Rica Holding vs Costa Rica: A fines de la década de 1990, Harken Energy con sede en los Estados Unidos compró los derechos de una concesión para la exploración de petróleo en la costa del Caribe de la República de Costa Rica. El contrato de concesión, realizado en el marco de los términos del programa de ajuste estructural del FMI de 1994, prometía desarrollar las reservas vírgenes de petróleo de Costa Rica y el ingreso de significativas ganancias para Harken. También amenazaba los vastos arrecifes de coral del país, una innumerable cantidad de especies en peligro de extinción y abundantes pesquerías.⁷⁷

El gobierno de Costa Rica exigió a Harken que se ajustara a la legislación ambiental del país aplicable a estos proyectos antes de otorgar la aprobación para el inicio de las perforaciones.⁷⁸ En febrero de 2002, el gobierno costarricense rechazó la solicitud de permisos para perforar de Harken, citando la infracción de la empresa de varias de las normas ambientales nacionales.⁷⁹ Después de denegar la apelación de Harken sobre su resolución inicial, el gobierno citó más de 50 áreas en las que la declaración de impacto ambiental de la empresa no se ajustaba a las normas establecidas en las leyes de Costa Rica.⁸⁰ Harken no logró que el gobierno diera su aprobación al plan de extracción por lo que se frenó el desarrollo del negocio.

Harken, que alegó haber invertido millones de dólares en la preparación del proyecto, trató de hacer valer una cláusula del contrato con Costa Rica que habilitaba dirimir las controversias en el marco del arbitraje internacional. En septiembre de 2003, Harken presentó una demanda ante el CIADI exigiendo una indemnización por daños y perjuicios del orden de US\$57 mil millones, de los cuales una porción importante representaba el lucro futuro al que aspiraba la empresa.⁸¹ Esta suma aparece todavía más intimidante si se analiza en el contexto de un país cuyo PBI es de US\$ 17 mil millones y su presupuesto anual de US\$ 4 mil millones.⁸² Afortunadamente, Costa Rica pudo hacer valer los derechos establecidos en el contrato, donde se exigía el consentimiento de ambas partes para solucionar la controversia mediante un arbitraje internacional, al no aceptar la competencia del CIADI en el caso Harken.

En otras palabras, Costa Rica ejerció su potestad en el marco de los términos del contrato de mantener el litigio en los tribunales nacionales costarricenses. Es importante tomar nota de que si el TLCAC hubiera estado vigente o si existiera un TBI entre EE.UU. y Costa Rica, muy probablemente este país hubiera perdido la batalla de negar competencia al CIADI, ya que en el marco del TLCAC, y de muchos TBI, el inversionista puede solicitar el arbitraje en forma unilateral y no requiere el consentimiento del Estado demandado.

Recuperación económica de la Argentina rehén de 30 pleitos amparados en TBI: Si bien la tenacidad con la cual Vivendi continúa exigiendo millones de dólares por daños y perjuicios a la provincia de Tucumán hace notable este caso, el mismo empalidece cuando se lo considera en el contexto de la enorme amenaza que representa para la recuperación económica argentina la verdadera flotilla de ataques legales tendientes al cumplimiento forzado de compromisos inversionista-Estado que están relacionados con la crisis económica. Luego del trágico colapso de la economía a comienzos de 2002, hubo un aluvión de demandas basadas en TBI contra la República Argentina.⁸³ La mayoría de las 30 demandas pendientes involucran servicios que antes estaban a cargo del sector público como el gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y otros, que o bien fueron privatizados o fueron objeto de contratos de concesión de largo plazo.⁸⁴

Estas empresas extranjeras aparentemente argumentan que la devaluación del peso argentino y las medidas de emergencia implementadas por el gobierno para superar la crisis, como la congelación de las tarifas de los servicios públicos, tuvieron un impacto negativo en su rentabilidad y por tanto

constituyeron una expropiación indirecta según las disposiciones de distintos TBI.⁸⁵ Los 30 casos de demandas ante el CIADI suman unos US\$ 16 mil millones reclamados en indemnizaciones, y se afirma que hay varios casos más que no han llegado al arbitraje pero están en proceso de negociación con el gobierno.⁸⁶

El trasfondo de estas demandas es similar al de los casos discutidos anteriormente. A comienzos de la década de 1990, Argentina fue presionada por el FMI y el Banco Mundial para enajenar los servicios públicos o concesionarlos a empresas extranjeras. Confiando en las prescripciones del FMI, el país implementó un amplio proceso de privatizaciones y de desregulación y liberalización del comercio, las finanzas y las inversiones. Durante un corto período, los indicadores económicos mostraron un crecimiento importante y Argentina fue elogiada como el hijo exitoso de la reestructura radical exigida por las instituciones internacionales de crédito.

Los servicios de energía, agua y telecomunicaciones se vendieron al mejor postor o fueron objeto de contratos de concesión por varios años, cuyos términos eran extraordinariamente favorables para los inversionistas privados. Entre estos términos figuraban: tarifas fijadas en dólares garantizadas (en ese momento el peso argentino estaba a la par del dólar) e incrementos en las tarifas atados a la tasa de inflación de EE.UU.,⁸⁷ aunque esta indexación infringía la ley argentina. En consecuencia, a pesar de que a fines de la década de 1990 el país atravesaba un período deflacionario, las empresas extranjeras que controlaban los servicios continuaron subiendo sus tarifas siguiendo el crecimiento de la tasa de inflación de EE.UU., y miles de millones de pesos argentinos ganados con mucho esfuerzo (equivalentes a igual número de dólares) -que antes iban al tesoro nacional- fueron a parar a los bolsillos de las empresas extranjeras y sus accionistas.

Pero a fines de 2001, la economía argentina colapsó. Los bancos y las empresas cerraron. El desempleo se disparó. Las manifestaciones de descontento se extendieron por todo el país, con el desenlace trágico de decenas de muertos. En dos semanas, los argentinos vieron desfilar a cinco Presidentes de la República. Fue la peor crisis financiera en la historia del país, con efectos devastadores para los pobres y la clase media, y con consecuencias también para la seguridad nacional. En enero de 2002, el gobierno fue forzado a poner fin a la paridad del peso argentino con el dólar y devaluó el peso argentino en un 30%. También aprobó una ley de emergencia económica que, entre otras cosas, congeló las tarifas de los servicios públicos. Luego de un largo período de subas constantes, en un momento de gran desempleo y malestar social generalizado, el congelamiento de las tarifas parecía una política prudente para ayudar a la población argentina, que soportaba el peso mayor del abrupto colapso de la economía.

Después de que las empresas acumularon ganancias enormes aprovechando los años de bonanza, se les pidió que se ajustaran el cinturón al igual que el resto del país. No fueron expropiadas. Lo que pasó es que a consecuencia de la devaluación y el congelamiento de las tarifas ganaron menos dinero que el que hubieran ganado de no haber habido crisis económica. En respuesta a estos esfuerzos legítimos del gobierno por contener el espiral de la crisis económica que estaba fuera de control, las empresas extranjeras han demandado a los contribuyentes argentinos por sumas de miles de millones de dólares. Según afirman, las acciones del gobierno constituyeron una expropiación indirecta de ganancias perdidas que nunca existieron. Si triunfa su tesis, estas compañías y sus demandas inversionista-Estado mantendrán de rehén a la recuperación argentina durante muchos años.

El Fiscal General de la Argentina dijo recientemente a la prensa que algunas empresas reclaman sumas por daños y perjuicios que superan en 1.000 por ciento el valor de sus contratos. El gobierno no sólo debe asumir la defensa de los intereses del país en estos casos ante el organismo arbitral del Banco Mundial, una institución que ha contribuido en gran medida a los problemas del país, sino

que al Fiscal General y a otros argentinos les preocupa que la nación tenga que defender sus intereses en dos casos presentados ante tribunales presididos por un abogado que tiene un presunto conflicto de intereses.⁸⁸ Este conflicto está siendo analizado conforme a las reglas del CIADI por los demás integrantes del panel de comercio. La situación impulsó al senador argentino Marcelo Guinle a afirmar que “el CIADI se ha convertido en una liga de recambio donde los árbitros de hoy son los que ayer presentaban demandas contra la nación”.⁸⁹ El senador Guinle encabeza un grupo de parlamentarios argentinos que promueve una revisión de todos los TBI firmados por Argentina desde 1992, argumentando que son contrarios al interés público y al interés nacional.

Además, organizaciones de consumidores y derechos humanos han peticionado recientemente intervenir en un caso argentino. Caracterizando a los arbitrajes de los tratados de inversiones como “una orden medieval donde el oscurantismo, la ofuscación y el secreto suprimen los valores democráticos”, los grupos presentaron una petición de transparencia y participación como *amicus curiae* al tribunal del CIADI donde se dirime el caso presentado contra Argentina por la subsidiaria del gigante francés del agua Suez (Aguas Argentinas, S.A.). Estos grupos de la sociedad civil señalan graves conflictos de interés generados por la relación íntima entre el CIADI y otras instituciones del Grupo Banco Mundial que tienen intereses en el caso. El Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, del Banco Mundial, tuvo un papel clave tanto en el diseño del marco regulatorio como en la privatización de los servicios de agua en Argentina.⁹⁰ La Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial posee actualmente un 20 por ciento de la deuda internacional de Aguas Argentinas, S.A. y es dueña del 5 por ciento de su capital accionario.⁹¹ Además, el presidente del Banco Mundial es presidente ex officio del Consejo Administrativo del CIADI, y en algunas circunstancias tiene el poder de designar los árbitros, lo cual pone más aún en cuestión que el CIADI sea una sede adecuada para este caso y otros similares.

Estos casos de TBI ilustran en forma contundente como la ampliación de los derechos del inversionista, como sucede actualmente en los TBI y en los acuerdos multilaterales incluidos el TLCAN, el TLCAC y el ALCA, tiene la potencialidad de producir drásticas repercusiones sobre los países en desarrollo y sus ciudadanos. Estos casos proporcionan un número importante de lecciones:

- El desarrollo económico en países como Bolivia y Argentina podría verse seriamente obstaculizado por un ataque institucional a dos frentes. Por un lado, el FMI y/o el Banco Mundial exigen a estos países en desarrollo que privaticen los servicios a cargo del Estado o los tercericen a largo plazo mediante concesiones con fines de lucro, como condición para otorgarles los paquetes de préstamo de los que dependen estos países para capitalizarse. El contrato de concesión del servicio de agua en Cochabamba otorgado por Bolivia a Bechtel es un clásico ejemplo de esta exigencia. Por otro lado, en el caso de que estos países se den cuenta de que un contrato de concesión específico es perjudicial en vez de beneficioso para sus ciudadanos e intenten cambiar la situación anulando o modificando el trato, los derechos del inversionista garantizados por el TBI permiten a los inversionistas privados reclamar el pago de enormes sumas al gobierno que no serían admisibles en el marco del derecho de propiedad consagrado a nivel nacional o ante los tribunales nacionales. Este escenario quita en gran medida independencia y soberanía a los países en desarrollo: deben privatizar para conseguir los préstamos del FMI o del Banco Mundial pero no pueden rescindir contratos por mal desempeño ni regular a los inversionistas en nombre del interés público so pena de ser demandados por miles de millones de dólares de indemnizaciones en efectivo.
- Las disposiciones inversionista-Estado de los TBI tienen la potencialidad de perjudicar a los países pobres mucho más gravemente que a aquellos con economías más fuertes como las de EE.UU. o Europa. Los países en desarrollo no tienen los recursos financieros o legales

para protegerse de los ataques de las empresas inversionistas: Vivendi está demandando a Argentina por US\$ 300 millones; Bechtel tiene reclamaciones por US\$ 25 millones contra Bolivia, las empresas privatizadas de servicios públicos tienen demandas por un total de US\$ 16 mil millones contra Argentina. Con semejantes cifras, de tener éxito, las empresas se llevarán una buena tajada de los presupuestos de estos países. Si bien el TLCAN establece la unificación de los casos que se basan en las mismas acciones de gobierno, esto no es posible en los casos que se presentan en el marco de una serie de distintos TBI. Por tanto, Argentina puede verse enfrentada a fallos significativamente divergentes aunque estén basados en el mismo conjunto de hechos. Además, litigar en cada uno de los casos puede tener costos millonarios y requiere la intervención de abogados especializados con experiencia en el CIADI, lo que representa una ventaja para los países ricos y una desventaja para los países pobres.

- Las demandas de los inversionistas podrían perjudicar la recuperación económica de los países en tiempos difíciles. A lo largo de la década de 1990, Argentina fue el ciudadano modelo del FMI –el país al que se señalaba como un ejemplo de progreso y del potencial de las políticas neoliberales del Fondo. Según el FMI, Argentina estaba ganando la guerra contra la inflación y la deuda externa, con mercados de capital liberalizados y una agresiva postura pro libre mercado, privatizaciones masivas, reglas de déficit cero, el peso atado al dólar, etc.⁹² Era considerada el país modelo hasta que este paquete provocó el colapso de la economía en 2002. Sigamos hasta 2004. Además de tener que cumplir con más condiciones del FMI y el Banco Mundial si quiere calificar para recibir más ayuda para volver a encarrilar la nación, Argentina enfrenta la cantidad sin precedentes de 30 demandas inversionista-Estado. Mientras los pensionistas, los consumidores y otras víctimas del colapso económico del país trabajan para recuperar sus pérdidas reales, las extraordinarias disposiciones sobre inversiones de los TBI permiten a las empresas extranjeras ponerse primeras en la fila y exigir indemnización por la pérdida de ganancias futuras fantasma, obstaculizando potencialmente la recuperación de Argentina en los próximos años.

Estos casos ilustran claramente la crisis de legitimidad que se crea cuando los sistemas de arbitraje establecidos para solucionar diferencias en contratos privados se utilizan para presentar demandas que involucran cuestiones sustanciales de políticas públicas y millones de dólares de los contribuyentes. Además, estos casos ponen de relieve la injusticia inherente de un sistema global de “comercio” y financiero, que primero impulsa las privatizaciones y la desregulación, y cuando los planes de privatización fracasan, proporciona reglas especiales y procedimientos privados de solución de diferencias a los inversionistas privados. No es nada sorprendente entonces que políticos, consumidores y ciudadanos del mundo en desarrollo, desde América Latina y el Caribe hasta África y Asia, crean que el juego de la globalización está arreglado a favor de los inversionistas extranjeros.

A continuación se detalla la historia de las disputas relativas a inversiones en el marco del TLCAN. En los primeros once años del TLCAN han salido a la luz 42 casos y demandas. Hay, además, no menos de 106 casos relativos a TBI en curso en el CIADI, y posiblemente varios más en otras sedes de arbitraje. Seguramente estos números aumentarán exponencialmente en las próximas décadas, con implicancias para las políticas de interés público, el ejercicio democrático del buen gobierno y el imperio de la ley, a menos que se eliminen o modifiquen los derechos y privilegios extraordinarios que caracterizan el modelo de inversión del TLCAN y su mecanismo para dirimir controversias en el ámbito privado.

II. LITIGIOS Y CASOS MÁS IMPORTANTES DEL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

A continuación se presenta un análisis pormenorizado de nueve casos importantes de interés público significativo elevados al amparo del Capítulo 11 del TLCAN, que ya fueron laudados o cuyo proceso está en curso.

ETHYL vs CANADÁ: ADITIVO MMT PARA GASOLINAS

La empresa Ethyl Corporation con sede en Virginia, que se dedica a la fabricación de productos químicos, tiene una historia larga y controvertida. En 1922, Ethyl comenzó a producir tetraetilo de plomo, el aditivo utilizado en la producción de gasolinas con plomo para mejorar el rendimiento del motor de los automóviles.⁹³ Poco tiempo después de que se diera inicio a la producción, muchos trabajadores de su planta en Nueva Jersey comenzaron a sufrir alucinaciones y padecieron convulsiones severas.⁹⁴ Finalmente cinco trabajadores murieron.⁹⁵ Recién después de transcurridos 50 años, el gobierno federal de Estados Unidos decidió eliminar el plomo de la gasolina. Para entonces, numerosos estudios ya habían demostrado que el plomo de los gases de escape y las gasolinas derramadas estaba contaminando los suelos y las aguas superficiales e ingresando a la cadena alimenticia.⁹⁶ El plomo de los gases de escape estaba llegando incluso al cerebro de los niños y niñas estadounidenses, provocándoles daños en el desarrollo neurológico.⁹⁷

En la década de 1950 Ethyl Corporation desarrolló un nuevo aditivo para la gasolina llamado Tricarbonilo Metilciclopentadienilo de Manganese (MMT, por su sigla en inglés).⁹⁸ El MMT es un agente anti-golpeteo que contiene manganeso —un conocido neurotóxico para los seres humanos— y es utilizado para mejorar el rendimiento de los motores.⁹⁹ En los Estados Unidos se produce una fórmula concentrada de MMT, que luego es importada en Canadá por una subsidiaria de Ethyl en ese país, Ethyl Canada, que se encarga de diluirla en una planta en Ontario, para venderla después a las refinerías de gasolina canadienses.¹⁰⁰

EI INTERÉS PÚBLICO

En 1977 se prohibió el uso del MMT en las gasolinas sin plomo en California —que tiene su propia ley estadual sobre aire limpio— y luego a escala nacional por la Agencia de Protección del Medioambiente (EPA, por su sigla en inglés). Dicha prohibición se impuso en base a consideraciones ambientales y relativas a la salud pública, hasta que un juzgado nacional falló en contra de la prohibición en 1995.¹⁰¹ Aunque se sabe muy poco acerca de los riesgos específicos que representan para la salud humana las partículas de manganeso que se desprenden de los caños de escape de los automóviles que queman gasolinas con MMT, los peligros asociados a la inhalación de manganeso se conocen desde 1800.¹⁰² Se ha descubierto que el manganeso aerotransportado provoca discapacidad neurológica y síntomas similares a los del mal de Parkinson en los obreros que trabajan en minas de manganeso.¹⁰³ Una serie de estudios sobre salud ocupacional en obreros de fábricas de baterías y metalúrgicas, entre otros, realizados en la década de 1990, fueron catalogados por una publicación de salud pública como “evidencia convincente de la neurotoxicidad asociada a la exposición ocupacional a niveles bajos” de manganeso en el aire.¹⁰⁴

Apoyándose en estos antecedentes de estudios sobre efectos en la salud y en acciones del gobierno de Estados Unidos, el Parlamento canadiense dispuso en abril de 1997 una prohibición a las importaciones y al transporte interprovincial de MMT.¹⁰⁵ Como Estados Unidos era el único país Parte del TLCAN que producía MMT, y dado que la reglamentación ambiental era una responsabilidad compartida por los gobiernos nacional y provincia, la prohibición del transporte fue un mecanismo efectivo para eliminar el MMT de todas las gasolinas canadienses. Canadá llevó

adelante esta acción por varias razones. En primer lugar, al mismo tiempo que Canadá trabajaba para introducir normas más estrictas sobre emisiones vehiculares, los fabricantes de automóviles recomendaban no usar MMT porque temían que el producto perjudicara el funcionamiento adecuado de los convertidores catalíticos y otras piezas de los automóviles que ayudan a controlar las emisiones.¹⁰⁶ A los funcionarios canadienses les preocupaba que el MMT socavara las iniciativas del gobierno de Canadá para controlar la contaminación atmosférica, y que contribuyera a la acumulación de gases de efecto invernadero que provocan el calentamiento global.¹⁰⁷ En segundo lugar, a los funcionarios canadienses les preocupaban los potenciales efectos nocivos para la salud que podría tener la exposición de los trabajadores y los automovilistas, vía MMT, a partículas de manganeso aerotransportadas.¹⁰⁸ Aunque los riesgos potenciales para la salud humana no se conocían cabalmente, Canadá actuó en forma precautoria hasta que hubiera más información disponible, tal como lo hicieron antes el estado de California y la EPA en EE.UU..

EL ATAQUE DEL TLCAN

El 10 de septiembre de 1996, al tiempo que el Parlamento canadiense debatía la prohibición proyectada, Ethyl Corporation notificó al gobierno de Canadá que recurriría a un arbitraje inversionista-Estado al amparo del Capítulo 11 del TLCAN con el objetivo de lograr una indemnización si se introducían restricciones al uso del MMT. El Parlamento no tomó en cuenta estas amenazas y dispuso la prohibición una año más tarde, en abril de 1997.¹⁰⁹ Precisamente ese mes, Ethyl presentó ante la CNUDMI una demanda inversionista-Estado contra el gobierno de Canadá según los términos del Capítulo 11 del TLCAN, reclamando una indemnización de US\$ 250 millones por daños y perjuicios.¹¹⁰ Ethyl argumentó que el TLCAN le otorgaba nuevos derechos y privilegios de cara al gobierno canadiense, y que la prohibición canadiense del MMT equivalía a una expropiación indirecta de sus activos según la definición del Artículo 1110 del TLCAN, e ilícita según los términos del TLCAN. Más aun, Ethyl alegó que la prohibición violaba las reglas del Artículo 1102 del TLCAN que exigen el trato nacional para los inversionistas extranjeros, ya que la legislación en cuestión prohibía las importaciones, pero no la producción nacional de MMT.¹¹¹ Finalmente, la empresa alegó que la prohibición era un “requisito de desempeño” tendiente a regular la forma en que opera un inversionista extranjero, prohibido según los términos del Artículo 1106 del TLCAN. La lógica subyacente a la denuncia de la empresa relativa al “requisito de desempeño” era que la ley obligaría a Ethyl a construir una fábrica en cada provincia canadiense para cumplir con la normativa que prohibía el transporte del MMT, si la empresa decidía invertir en la producción de MMT en Canadá.¹¹²

DESENLACE

Finalmente se conformó un panel del TLCAN en la CNUDMI para ver el caso Ethyl. Al principio Canadá objetó el litigio en el marco del TLCAN, alegando que la prohibición del MMT no era una “medida” contemplada en el Capítulo 11 del TLCAN, y que al presentar su demanda Ethyl no había cumplido con la espera reglamentaria de los 6 meses que deben transcurrir después de la aprobación y aplicación de la normativa, antes que se pueda entablar la demanda.¹¹³ Sin embargo, el 24 de junio de 1998 el panel del TLCAN decidió no aceptar los cuestionamientos de Canadá respecto a la competencia jurisdiccional, despejando así el camino para que el caso avanzara a la fase de presentación de méritos.¹¹⁴ Poco tiempo después de esta sentencia inicial, el gobierno canadiense decidió llegar a un acuerdo de conciliación con Ethyl. El 20 de julio de 1998 Canadá derogó su prohibición del MMT, pagó US\$13 millones por gastos legales y daños causados a Ethyl Corporation, y emitió una declaración para que Ethyl utilizara en sus anuncios publicitarios, en la que afirmaba que “la información científica disponible” no demuestra la toxicidad del MMT, ni que el MMT dañe el funcionamiento de los sistemas de diagnóstico de los automóviles.¹¹⁵

CONSECUENCIAS

Se le paga al contaminador: Ethyl Corporation alegó que la normativa canadiense sobre el MMT “expropiaba” las inversiones de la empresa. El gobierno de Canadá argumentó que el Artículo 1110 del TLCAN “se refiere a la confiscación de propiedades y no a las normativas.”¹¹⁶ La decisión del tribunal del TLCAN de aceptar la demanda y permitir que procediera a los méritos constituye una importante restricción novedosa y potencialmente peligrosa al ejercicio de las funciones básicas de los gobiernos. Para poder ejercer su derecho de gobernar, los gobiernos deben tener la posibilidad de regular un producto por razones ambientales o de salud pública, sin tener que pagar a la empresa que importa la sustancia. El caso Ethyl prefiguró los nuevos derechos de los inversionistas del TLCAN a reclamar indemnización por “regulaciones expropiatorias”. Esos nuevos derechos superan los derechos que tienen los inversionistas bajo las leyes nacionales, y seguirían estando en el centro de la controversia en torno al Capítulo 11 del TLCAN.

La intimidación desestimula la innovación: Al amenazar con iniciar un litigio al amparo del TLCAN incluso antes que la ley fuese aprobada, y al evitar los mecanismos existentes a nivel nacional para impugnar una ley o reglamentación, Ethyl le echó la soga de la amenaza de indemnizaciones futuras al cuello de los legisladores y funcionarios de salud pública. Si bien el Parlamento canadiense no cedió frente a la presión inicial, el número de amenazas de “demandas comerciales” entabladas por empresas continúa aumentando. El historial de amenazas similares en el marco de la OMC demuestra que las mismas tienen un efecto paralizador de futuras políticas en función del interés público y de posibles innovaciones en las políticas públicas que estén siendo consideradas por los gobiernos, y que esto a menudo termina en que los gobiernos ceden y cambian la política en cuestión en forma preventiva –como lo hizo Canadá en este caso- para evitar represalias o litigios comerciales.¹¹⁷

Potestad de los gobiernos para actuar con precaución socavada: En este caso, el TLCAN fue utilizado para impedir una protección nacional fuerte del interés público. Conciente del paralelismo existente entre los dos compuestos organometálicos –tetraetilo de plomo y MMT –y no queriendo que se repitan los problemas devastadores para la salud y el medioambiente causados por las gasolinas con plomo, el gobierno canadiense actuó en conformidad con el Principio Precautorio. En general se entiende que el Principio Precautorio significa que en casos en los que existe un riesgo para la salud o el medioambiente, pero sobre el que la información actual es insuficiente para cuantificar o evaluar adecuadamente el riesgo, el gobierno tiene el derecho y la responsabilidad de elegir lo que resulte más seguro e inocuo. El principio se funda en el hecho que la ciencia no siempre brinda la información necesaria para que las autoridades *eviten* a tiempo las posibles amenazas a la salud y el medioambiente. Tal como lo ilustra el ejemplo de la gasolina con plomo, a veces se requieren años y numerosos estudios de largo plazo para entender cabalmente los riesgos de un nuevo producto. Las normas del TLCAN y de la OMC dan vuelta el Principio Precautorio y le exigen a los gobiernos que demuestren la existencia del daño antes de proceder con la regulación, en lugar de exigir a las empresas que quieren vender un producto que demuestren que el mismo es inocuo. Tanto Canadá como Estados Unidos están realizando ahora los estudios de largo plazo necesarios para entender mejor los riesgos inherentes al MMT. Mientras tanto los consumidores de ambas naciones están siendo expuestos a un compuesto potencialmente peligroso.

LOEWEN vs ESTADOS UNIDOS: CONGLOMERADO FUNERARIO

“El Artículo III de nuestra Constitución le reserva a las cortes federales el derecho a decidir litigios y controversias y el Congreso de EE.UU. no puede delegar en otros tribunales los “atributos esenciales” del poder judicial”.¹¹⁸

Magistrada Sandra Day O’Connor,
Corte Suprema de EE.UU.

El Grupo Loewen era un conglomerado canadiense de empresas de servicios funerarios que agresivamente había adquirido más de 1,100 casas funerarias a lo largo y ancho de Canadá y EE.UU.¹¹⁹ El caso Loewen surgió en el TLCAN en un contexto de creciente concentración del mercado estadounidense de casas funerarias, a medida que un puñado de conglomerados empresariales adquirían o empujaban a la quiebra a pequeñas empresas autónomas de servicios funerarios. Este fenómeno llamó la atención de la opinión pública, debido a las consiguientes violaciones de los derechos del consumidor y varias investigaciones de alto perfil sobre prácticas empresariales anticompetitivas. Una investigación periodística sobre la industria funeraria, realizada en 1996 por el Time Magazine, denunció que "Loewen y un puñado de otras grandes empresas de servicios funerarios están en carrera para comprar todas las casas funerarias independientes que les sea posible –no tanto motivados por el ánimo de compartir las economías de escala resultantes y rebajar los costos de los funerales, sino más bien para empujar los precios aún más hacia arriba".¹²⁰

EL INTERÉS PÚBLICO

En 1994, el Grupo Loewen fue demandado en un juzgado estadual estadounidense del estado de Mississippi, por un empresario de la ciudad de Biloxi, Mississippi, llamado Jeremiah O’Keefe. O’Keefe alegaba que, como parte de su estrategia para dominar el mercado funerario local, Loewen había cometido varios actos ilícitos, anticompetitivos y depredadores, ejecutados con el fin de llevar a la quiebra a O’Keefe y sus empresas funerarias y aseguradoras locales, en violación de las leyes estatales.¹²¹ Esa no fue la primera ni la última vez que Loewen terminó en un juzgado estadounidense. En 1996, Loewen llegó a un arreglo por U\$S 30 millones en un caso similar por incumplimiento de contrato.¹²² El Procurador General del estado de Massachussets, EE.UU., se inquietó a tal grado por la condición cuasi-monopólica de Loewen en la zona del Cabo Cod, que conminó a la empresa a deshacerse de varias casas funerarias.¹²³

Tras el juicio que examinó los reclamos de O’Keefe, un jurado de Mississippi falló a su favor. Indignado por la conducta rapaz de Loewen, el jurado regreso a sala con una sentencia por U\$S 260 millones.¹²⁴ Según un miembro del jurado, "el Grupo Loewen ... violó clarísimamente todos los contratos que firmó con O’Keefe ... Si acaso alguna vez hubo un caso indefendible, yo creo que es éste".¹²⁵ Debido a que el jurado decidió el monto de la indemnización en la fase de audiencias del proceso, en lugar que durante la fase de sentencia, Loewen tuvo la opción de aceptar el veredicto del jurado o regresar ante el mismo jurado para someterse a una fase adicional de sentencia en el proceso. Loewen decidió volver ante la corte. Durante esa nueva fase iniciada por Loewen, el jurado aumentó la indemnización a U\$S 500 millones.¹²⁶ Irónicamente, los abogados de O’Keefe habían intentado llegar a un arreglo, incluso antes que se iniciara el juicio: U\$S 5 millones era la suma que los abogados tenían en mente, pero O’Keefe los había autorizado a bajar aún más el monto reclamado para cerrar el caso.¹²⁷

Loewen decidió entonces apelar esa sentencia del jurado por U\$S 500 millones ante una instancia judicial superior. Antes de proseguir con la apelación, la empresa solicitó quedar exenta de una antigua norma de procedimiento habitual en los procesos civiles,¹²⁸ tanto del ámbito provincial

como nacional, según la cual un demandado perdedor que quiera encaminar una apelación sin empezar a pagarle indemnización al demandante, está obligado a comprar un bono de fianza por valor del 125% de la indemnización que adeuda. El objetivo de esa norma es impedir que el demandado aproveche los dilatados procesos de apelación para ocultar activos o eludir de cualquier otro modo sus deudas y obligaciones económicas. La solicitud de exención de Loewen fue rechazada, y éste procedió a apelar esa decisión ante la Corte Suprema de Mississippi, que también rechazó esa petición en 1996. En lugar de liquidar el costoso bono o recorrer otras vías legales, Loewen decidió buscar un acuerdo de conciliación con O'Keefe, y el 29 de enero de 1996 cerraron el caso por cerca de U\$S 150 millones –equivalentes a un 30% del laudo definitivo del jurado, y más de 30 veces más que la suma por la cual Loewen podría haber arreglado el caso cuando éste se inició.¹²⁹

EL ATAQUE DEL TLCAN

Sin embargo, esa conciliación no fue el fin de la historia en este caso de incumplimiento de contrato entre dos empresas privadas. El 30 de octubre de 1998, Loewen entabló una demanda contra EE.UU. ante el CIADI, amparándose en el capítulo del TLCAN sobre inversiones.¹³⁰ Aun cuando Loewen sólo pagó una fracción de la indemnización original que finalmente le impuso el jurado, la empresa está exigiendo U\$S 725 millones como indemnización de los contribuyentes estadounidenses. Loewen alegó que tanto el veredicto del jurado, como la indemnización punitiva y el bono de fianza que exige el estado de Mississippi (que es idéntico al que exigen los tribunales nacionales en lo civil), violaron sus nuevos derechos que le garantiza el TLCAN como inversionista.¹³¹ Específicamente, la empresa reclamó que el juez habría permitido al abogado demandante apelar a los "prejuicios raciales, de clase y anti-canadienses" del jurado de Mississippi, violando así las reglas del Artículo 1102 del TLCAN sobre 'trato nacional'.¹³² (En respuesta a estos argumentos, el gobierno de EE.UU. argumentó que los comentarios de un abogado privado en un diferendo referido a un contrato privado no constituían una "medida" gubernamental sujeta a las reglas del TLCAN, señalando que Loewen nunca objetó estos comentarios durante el juicio).¹³³ La empresa sostuvo además que el requisito del bono la había obligado de hecho a un arreglo, negándosele su derecho de apelación, y violando así el Artículo 1105 que exige trato justo y equitativo.¹³⁴ Por último, Loewen argumentó que "la sentencia excesiva, la negación de su derecho de apelación y el arreglo forzado equivalen a una expropiación no indemnizada, violatoria del Artículo 1110 del TLCAN".¹³⁵

DESENLACE

El caso de Loewen es el primer caso en que se impugna un veredicto de un jurado al amparo del TLCAN. En marzo de 1999, el CIADI conformó un panel del TLCAN para estudiar el caso. Uno de los miembros del panel era el ex congresista y ex Juez Superior de la Corte de Apelaciones de EE.UU. del circuito del Distrito de Columbia, Abner J. Mikva. El Departamento de Justicia reaccionó frente al inicio del proceso presentando un escrito en el que cuestionaba la premisa básica sobre la competencia jurisdiccional del caso: el Capítulo 11 del TLCAN proporciona derechos a los inversionistas extranjeros de cara a "acciones gubernamentales", pero en este caso la controversia se refiere a un diferendo legal civil entre dos compañías privadas. El gobierno de los Estados Unidos solicitó el rechazo de la demanda. El 9 de enero de 2001, el panel emitió un dictamen provisional que rechazaba varios de los argumentos de EE.UU. a favor de que el caso fuera desestimado y que, por el contrario, concluía que los derechos del inversionista privado del TLCAN se extendían al contexto del juicio civil, sorprendiendo a muchos observadores. Más aún, el tribunal no parecía poner ningún límite a los tipos de acciones o decisiones judiciales comprendidas por las reglas del TLCAN. Este dictamen inicial abrió la posibilidad de que todas las decisiones judiciales, incluso las

de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sean hoy posibles de revisión por tribunales del TLCAN que no responden ante nadie.

El caso avanzó a la fase de los méritos. Mientras tanto, en 1999, Loewen Group Inc. y más de 850 de sus subsidiarias estadounidenses se declararon en quiebra amparándose en el código de quiebra de los Estados Unidos. Las subsidiarias canadienses de Loewen hicieron lo mismo en el marco de la ley de quiebra canadiense. En enero de 2002, como parte de su reorganización, el enorme imperio de Loewen fue inscripto como sociedad anónima en los Estados Unidos (no en Canadá) bajo el nombre de una subsidiaria estadounidense, Alderwoods Group Inc.. En marzo de 2002, el gobierno de EE.UU. presentó documentación ante el tribunal del TLCAN argumentando que esta reorganización invalidaba las demandas de la empresa, en tanto ya no era más una compañía canadiense.¹³⁶ En respuesta, los abogados de Alderwood argumentaron que la fecha crítica para determinar la nacionalidad de la empresa y la jurisdicción era el día de presentación de la demanda, no años después. Por si acaso, Alderwood creó una empresa nominal en Canadá llamada “Nafanco” para proseguir con su demanda amparada en el TLCAN.

El tribunal del TLCAN emitió un fallo contrario a Loewen el 26 de junio de 2003. Sin embargo, con referencia a las demandas de Loewen sobre prejuicios anti-canadienses amparadas en los Artículos 1102 y 1105, el tribunal encontró que las demandas de discriminación eran válidas.¹³⁷ Citando los argumentos de los abogados de O’Keefe apelando al jurado en base a razones de clase, raza y nacionalidad, el tribunal del TLCAN caracterizó el juicio como una “desgracia” y una violación al debido proceso.¹³⁸ No obstante, rechazó las demandas de Loewen con relación al Artículo 1102 porque no encontró evidencia en el expediente que le permitiera comparar el trato recibido por Loewen con el recibido por otras partes contendientes “en circunstancias similares”.¹³⁹ Por lo tanto, no pudo determinar si los Estados Unidos habían tratado a Loewen en forma “menos favorable que la que reciben en circunstancias similares sus propios inversionistas”.¹⁴⁰

En otro de los puntos de su defensa los abogados de los Estados Unidos habían argumentado que Loewen estaba impedido de presentar este tipo de demanda por discriminación ya que no había objetado ninguna declaración discriminatoria durante el juicio. Sobre esta base intentaron persuadir al panel del TLCAN para que no tuviera en consideración las demandas por discriminación. La mayoría de las reglas procesales de los tribunales estatales de los Estados Unidos prohíben apelar cuando no se ha objetado en forma correspondiente durante el juicio -por lo tanto, para preservar su derecho a apelar en función de un argumento, la parte debe primero presentar una objeción en el curso de la primera instancia. Sin embargo, el tribunal del TLCAN, contrarió la solicitud de EE.UU. y la práctica procesal largamente establecida en los tribunales nacionales, y deliberó largamente sobre las demandas de discriminación y las declaraciones de los abogados de O’Keefe, que no habían sido objetadas durante el juicio. Y lo que resulta aún más sorprendente, el panel en su fallo asumió la tarea de especular sobre las razones que llevaron a los abogados de Loewen a no objetar durante el juicio.¹⁴¹

Respecto al asunto del bono de garantía, Loewen había argumentado que la resolución de la corte de Mississippi de no aceptar la reducción del bono de US\$ 625 millones propuesta por la empresa contravenía el Artículo 1105 (nivel mínimo de trato) y el Artículo 1110 (expropiación sin indemnización). El tribunal, en cambio, concluyó que la negativa de la corte estaba dentro de su discrecionalidad y no podía considerarse un error.¹⁴² No obstante, el tribunal dejó entrever que si Loewen hubiese cuestionado la regla de la corte de Mississippi que permite a los jueces establecer garantías de hasta el 125% de la sentencia original, en lugar de cuestionar la negativa de la corte a reducir la garantía, entonces el tribunal sí podría haber encontrado algún mérito para la demanda de Loewen de que se había configurado una violación de sus derechos conforme a los Artículos 1105 y 1110 del TLCAN.¹⁴³

Por otra parte, el dictamen del tribunal establece que para juzgar si hubo o no una violación del artículo 1105, es necesario tomar en cuenta todo el proceso judicial del caso Loewen, no solamente el juicio.¹⁴⁴ Citando el principio de derecho internacional que exige el “agotamiento de los recursos locales”, el panel del TLCAN argumentó que el conjunto de las acciones judiciales estatales debían considerarse como una sola acción de principio a fin. Concluyó entonces que Loewen no había agotado las vías judiciales disponibles ya que no apeló la decisión judicial y en su lugar llegó a un acuerdo sobre la demanda.¹⁴⁵ Al no existir una sentencia definitiva por parte del tribunal de último recurso, incluida la Suprema Corte de Justicia estadounidense, el tribunal consideró que la demanda amparada en el TLCAN presentada por Loewen había sido prematura.¹⁴⁶ Por este motivo, el tribunal desestimó las demás demandas basadas en el artículo 1105 presentadas por la empresa, y como la demanda de expropiación surgía de la reclamación de violación del artículo 1105, también la desestimó.

Después de este largo análisis de los méritos de las reclamaciones específicas, el dictamen del tribunal también concluyó que ya no tenía competencia en el caso, en función del hecho que después de su quiebra Loewen había sido reorganizada como una sociedad anónima estadounidense.¹⁴⁷ Para poder presentar y mantener una demanda en el marco del TLCAN, demandante y demandado deben ser ciudadanos de dos Partes diferentes del TLCAN. Ni siquiera el que Loewen hubiera creado una compañía nominal en Canadá con el solo propósito de continuar su demanda ante el TLCAN pudo mitigar la realidad de que en la actualidad el real beneficiario de la demanda era una compañía estadounidense. Según el tribunal, las reglas del derecho internacional aplicable sugieren que “debe haber una identidad nacional continua desde la fecha de los eventos que dan lugar a la demanda hasta la fecha de resolución de la demanda”.¹⁴⁸ (Dado que el sistema de precedente *stare decisis* no se aplica en estos tribunales, un tribunal del TLCAN diferente podría fallar de modo distinto sobre la cuestión). De manera similar, el panel desestimó una demanda amparada en el Artículo 1117 del TLCAN (sobre demandas de un inversionista en representación de una empresa) que nombraba al fundador de Loewen, Ray Loewen. El panel determinó que al momento de iniciarse la demanda de arbitraje Ray Loewen no tenía ni la propiedad ni el control de la compañía recientemente reorganizada.¹⁴⁹

En agosto de 2003, los abogados de los Estados Unidos presentaron una carta al tribunal, señalando que éste no había desestimado específicamente la demanda del señor Ray Loewen amparada en el Artículo 1116 (reclamación como inversionista de una Parte a cuenta propia).¹⁵⁰ A continuación del escrito de EE.UU., Ray Loewen presentó otro declarando que el tribunal había desestimado su reclamación individual y que estaba habilitado para volver ante el tribunal para obtener una decisión complementaria sobre los méritos.¹⁵¹ El 17 de agosto de 2004, el tribunal del TLCAN decidió que en realidad sí había tratado las demandas referidas al artículo 1116 en su fallo definitivo, y denegó la solicitud de una decisión complementaria presentada por Ray Loewen, poniendo punto final al caso contra los Estados Unidos. Queda todavía por ver si el agresivo e impredecible Sr. Loewen no intenta de alguna forma volver a presentar el caso ante un tribunal nacional estadounidense argumentando un error en el arbitraje.

CONSECUENCIAS

El caso Loewen constituye un ataque a la independencia e integridad del sistema judicial estadounidense: El caso Loewen amparado en el Capítulo 11 del TLCAN estableció definitivamente que casos resueltos por tribunales estadounidenses, incluso aquellos que han sido dirimidos ante las cortes supremas estatales o la Suprema Corte de EE.UU., pueden ser recusados en un proceso a puertas cerradas por medio del mecanismo inversionista-estado del TLCAN. Aun cuando el fallo del tribunal fue contrario a Loewen porque la compañía no se reconstituyó como

empresa canadiense, no agotó las vías judiciales nacionales y no presentó evidencia que probara haber sido objeto del tipo de discriminación contemplada en el TLCAN, de todos modos generó gran preocupación en los círculos judiciales estadounidenses. Como declaró el Presidente de la Suprema Corte de California, Ronald M. George: “esto tiene graves implicancias. Es escandaloso que las sentencias de las instancias jerárquicas más altas de la justicia estadual y federal puedan ser burladas por estos tribunales”.¹⁵² En 2004, sus colegas de la Conferencia de los Presidentes de Tribunales Supremos coincidieron con esta apreciación. El cuerpo judicial aprobó una resolución que declaraba categóricamente: “Los fallos y otros dictámenes de las cortes estadounidenses estaduales y federales no deben ser objeto de demandas contra los Estados Unidos en procesos de arbitraje inversionista-Estado amparados por acuerdos comerciales de los Estados Unidos”.¹⁵³ Los juristas argumentaron que el sometimiento de las decisiones judiciales a revisión por el Capítulo 11 del TLCAN “socava el carácter definitivo de los dictámenes de los tribunales estadounidenses, amenaza la independencia del sistema judicial del país y desvirtúa la condición de mutua igualdad del poder judicial con los otros poderes en nuestro sistema de separación de poderes”.¹⁵⁴ Además, recordaron que los Estados Unidos habían argumentado originalmente en el caso Loewen que el panel del TLCAN no tenía competencia jurisdiccional porque las acciones judiciales en casos entre partes privadas no constituyen “medidas” que, según el significado de este término en el Capítulo 11, habiliten acciones procesales amparadas en ese tratado. Si no se introducen cambios radicales en la redacción actual del Capítulo 11 del TLCAN o directamente se lo elimina, sólo es cuestión de tiempo que un fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos sea revisado por un tribunal del Capítulo 11 del TLCAN, y que los ciudadanos estadounidenses descubran atónitos que la Suprema Corte ha dejado de ser el más alto tribunal de justicia en el territorio de los Estados Unidos.

Tácticas comunes de litigio se consideran violación del derecho internacional: El tribunal del TLCAN en el caso Loewen dedicó una gran cantidad de tiempo a analizar las tácticas utilizadas por los abogados de O’Keefe durante el juicio, destacando que “el caso de O’Keefe fue presentado por los abogados apelando a un sentimiento localista, con la intención de favorecer a la parte nacional y perjudicando a la parte extranjera. A esto se le sumó la representación de la poderosa multinacional extranjera que busca destruir al pequeño competidor independiente que había luchado por su país durante la Segunda Guerra Mundial”.¹⁵⁵ El tribunal del TLCAN sostuvo que las argumentaciones de los abogados de O’Keefe apelando a elementos de clase y nacionalidad eran discriminatorias. Finalmente, con muy poco margen determinó que no se había configurado una violación al TLCAN en tanto Loewen no consiguió demostrar durante el proceso que el trato recibido en el juicio había sido distinto al que reciben otros demandantes en el sistema judicial de Mississippi. Si los abogados de Loewen hubieran probado esto, el fallo del tribunal podría haber sido muy diferente. De todas formas, el fallo definitivo del tribunal del TLCAN en este caso, alarmó a jueces y abogados en todas partes. Es un recurso muy común entre los abogados de la defensa presentar al demandante, sea éste del pueblo vecino, de un estado vecino o de un país vecino como “extranjero”. Pero esta táctica de la defensa, tan común, podría constituir una violación del TLCAN si el demandante resulta ser canadiense o mexicano.

El tribunal del TLCAN aceptó demandas que no se presentaron como objeciones durante el juicio: El tribunal sostuvo que la omisión del juez en refrenar la conducta de los abogados de O’Keefe en el juicio constituyó un error “tan grave que configuró un desvío de la justicia, llegando incluso a una injusticia manifiesta según el significado de esta expresión en el derecho internacional”.¹⁵⁶ Los árbitros llegaron a esta conclusión *aún cuando* los propios abogados de Loewen no objetaron las expresiones referidas a clase y nacionalidad durante el juicio. Es un principio sumamente importante del proceso judicial estadual y federal que si una parte no objeta un aspecto durante el juicio, la parte no puede presentar una objeción sobre ese aspecto en una apelación, ya que el tribunal de apelación no podría adivinar cuál habría sido la decisión del juez o la jueza de primera instancia sobre el punto. En consecuencia, se considera que ha renunciado a su

derecho a objetar. Al permitir que los abogados de Loewen introdujeran asuntos que no habían sido objetados durante el juicio y al llegar incluso tan lejos como para explicar porqué no se había objetado, el tribunal del TLCAN del caso Loewen demostró una flagrante falta de consideración hacia un principio fundamental del procedimiento judicial nacional. Lo peor es que este aspecto del fallo alienta a los abogados representantes de inversionistas extranjeros en procesos judiciales a hacer lo mismo, en previsión de un segundo ataque ante un tribunal del TLCAN.

METALCLAD vs MÉXICO: VERTEDERO DE DESECHOS TÓXICOS

“No hay razón judicial, política o moral para que el gobierno federal exija al gobierno de San Luis Potosí que pague la restitución de los US\$ 16 millones de indemnización pagados a Metalclad ... San Luis Potosí no firmó el TLCAN”.

Fernando Silva Nieto, Gobernador del estado mexicano de San Luis Potosí

En 1990, el gobierno central de México autorizó a la empresa mexicana Coterin a operar una estación de trasbordo de desechos peligrosos en el estado mexicano de San Luis Potosí.¹⁵⁷ Coterin quería ampliar las operaciones de su estación y transformarla en un vertedero permanente (relleno sanitario) de desechos peligrosos, pero el municipio local de Guadalupe le denegó el permiso municipal de construcción en 1991 y 1992.¹⁵⁸ En 1993, la empresa californiana Metalclad adquirió Coterin y su estación de trasbordo. Durante 30 años, la actividad principal de Metalclad fue retirar el asbesto e instalar sustitivamente otros materiales aislantes para sus clientes en la industria, el comercio y las agencias públicas de la Costa Oeste de EE.UU.¹⁵⁹ En México, Metalclad retomó rápidamente los esfuerzos de ampliación de Coterin para transformar la estación de trasbordo en vertedero y planta procesadora de desechos peligrosos. Metalclad consiguió los permisos nacionales y estatales requeridos, pero no logró obtener el permiso municipal de construcción –el mismo que la empresa mexicana Coterin tampoco había logrado conseguir.¹⁶⁰

EL INTERÉS PÚBLICO

Bajo la administración de Coterin, el sitio de la estación fue contaminado con 55,000 barriles o 20,000 toneladas de desechos tóxicos y potencialmente explosivos.¹⁶¹ La geología de esa zona presenta una hidrología compleja con pozos activos y arroyos subterráneos.¹⁶² Los estudios indican que los suelos de ese sitio son muy inestables, motivo por el cual los desechos tóxicos podrían filtrarse hacia el subsuelo y propagar la contaminación a través de fuentes de agua más profundas, así como a través de los arroyos ocasionales que se forman en la región en la época de lluvias.¹⁶³ En 1991, la comunidad local se movilizó para frenar el arribo de más desechos.¹⁶⁴ Bloquearon el acceso a los camiones, llamaron la atención de las autoridades nacionales y consiguieron que la estación fuera clausurada.¹⁶⁵ Varios años después de esa acción exitosa, la comunidad local todavía se preocupaba por la amenaza ambiental que suponía la estación, y se oponía decididamente a que se la reabriese.¹⁶⁶

En 1994, las autoridades locales del municipio de Guadalupe conminaron a Metalclad a detener la construcción de nuevas instalaciones para desechos tóxicos en ese predio, debido a que la obra carecía permiso municipal de construcción.¹⁶⁷ Metalclad solicitó el permiso requerido, pero continuó con las obras mientras su solicitud era tramitada.¹⁶⁸ En 1995, la empresa pagó la elaboración de un estudio de impacto ambiental supervisado por las autoridades ambientales nacionales.¹⁶⁹ Según ese estudio el sitio era apto para el proyecto, pero Greenpeace México y un grupo ecologista local rápidamente le salieron al paso y refutaron el informe.¹⁷⁰ La obra fue concluida en marzo de 1995, aún sin contar con el permiso municipal requerido, pero la empresa no

pudo abrir ni poner en funcionamiento el vertedero debido a la oposición local continua y las manifestaciones públicas de rechazo.¹⁷¹ En diciembre de 1995 el gobierno municipal rechazó la solicitud de permiso de Metalclad, y le reprochó haber proseguido con la obra sin la debida autorización.¹⁷² En octubre de 1996, Metalclad notificó al gobierno mexicano su intención de entablarle pleito acogiéndose al Capítulo 11 del TLCAN.¹⁷³ El 23 de septiembre de 1997, el Gobernador de San Luis Potosí declaró el sitio como parte de un área ecológica especial para la conservación de la singular diversidad biológica de la zona y varias especies raras de cactus.

EL ATAQUE DEL TLCAN

El 2 de enero de 1997 Metalclad demandó al gobierno mexicano amparándose en las disposiciones del TLCAN sobre inversiones, y reclamó U\$S 90 millones en indemnización.¹⁷⁴ Metalclad alegó que las acciones del gobierno municipal de Guadalcázar equivalían a una expropiación sin indemnización, prohibida bajo el Artículo 1110 del TLCAN.¹⁷⁵ Además, la empresa reivindicó que el gobierno mexicano no le había brindado un trato justo y equitativo acorde con el derecho internacional, tal y como exige el Artículo 1105 del TLCAN.¹⁷⁶

DESENLACE

El 30 de agosto del 2000 un tribunal especial del TLCAN que operaba según el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, sentenció una indemnización a favor de Metalclad por valor de U\$S 16.685.000.¹⁷⁷ El tribunal sostuvo que la denegación del permiso municipal de construcción y la declaratoria del sitio como reserva ecológica constituían expropiaciones "indirectas" violatorias del Capítulo 11 del TLCAN.¹⁷⁸ El tribunal sostuvo además que México había violado las cláusulas del TLCAN sobre nivel mínimo de trato, debido a que la empresa había sido llevada a creer que los permisos nacional y estadual que sí había obtenido la habilitaban a construir y operar el vertedero de desechos.¹⁷⁹ El tribunal dictaminó que, al tolerar las acciones del gobierno municipal y las acciones de los funcionarios nacionales y estatales que no le habían esclarecido suficientemente la situación a Metalclad, el gobierno mexicano había sido omiso a su obligación de proporcionar "un marco transparente, claro y predecible para los inversionistas extranjeros".¹⁸⁰ (Como señaló un observador, el tribunal del TLCAN de hecho generó la obligación para el gobierno nacional de México, de llevar a la empresa de la mano y explicarle detalladamente todas las complejidades de la legislación municipal, estadual y nacional mexicana. Además, se le exigía al gobierno nacional mexicano garantizar que los funcionarios en los diversos niveles de la administración municipal, estadual y nacional nunca jamás diesen consejos contradictorios entre sí –una tarea monumental para cualquier gobierno).¹⁸¹

Para llegar a esas conclusiones con respecto a las obligaciones del gobierno mexicano, el panel importó al Capítulo 11 las formulaciones sobre transparencia contenidas en el preámbulo del TLCAN (Artículo 102) y en su Capítulo 18 (sobre Publicación, Notificación y Administración de Leyes).¹⁸² Llama notablemente la atención, además, que el panel se haya atribuido competencia sobre una jurisdicción ampliada, dictaminando que bajo la legislación nacional mexicana, la insistente negativa del gobierno municipal de Guadalcázar a otorgar un permiso de construcción fue inadecuada.¹⁸³ Utilizando un razonamiento circular, el panel no sólo falló que había ocurrido una violación a la ley mexicana, sino que además equiparó esa supuesta violación de una normativa nacional con una violación de la norma internacional del TLCAN, en su Artículo 1105. Esa sorprendente conclusión amplió aún más el ya vastísimo alcance de ese artículo, referido a la obligación que tienen los países de brindar un "nivel mínimo de trato". El panel también sentenció que los mismos hechos que constituían una violación del Artículo 1105, tipificaban asimismo una expropiación según el Artículo 1110, equiparando así una expropiación con una violación del proceso.

En una jugada sin precedentes para un tribunal del TLCAN, en octubre del 2000 el gobierno mexicano impugnó ante una corte canadiense la decisión del panel del TLCAN, alegando error arbitral.¹⁸⁴ Bajo el TLCAN, en circunstancias sumamente limitadas, las decisiones del panel de arbitraje pueden ser apeladas en cortes nacionales y revisadas por jueces nacionales bajo la ley federal que gobierna el arbitraje o bajo el Convenio de Naciones Unidas de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York). Las razones muy específicas para la revisión del proceso bajo leyes nacionales hacen referencia a cuestiones como la corrupción o fraude por parte del demandante, conducta inapropiada de los integrantes del panel, irregularidades procesales, o panelistas que exceden sus potestades en el laudo final. La posibilidad de recurrir ante las cortes nacionales no debería confundirse con un sistema de apelaciones. En esta instancia, la apelación del gobierno mexicano fue presentada en Columbia Británica porque Vancouver fue elegido como “sede de arbitraje” del tribunal según las reglas del CIADI. Por lo tanto, los reglamentos de arbitraje aplicables eran la Ley de Arbitraje Comercial de Columbia Británica y la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Columbia Británica.¹⁸⁵

En un dictamen acotado que no cuestionó la legitimidad básica de la utilización del proceso de arbitraje comercial del TLCAN para emitir un fallo sobre la amplia gama de políticas que estaban en juego en este caso, el juez David Tysoe de la Corte Suprema de Columbia Británica emitió una decisión dividida. El 2 de mayo de 2001, el juez Tysoe sostuvo que el panel del TLCAN se equivocó al importar las disposiciones de transparencia del Capítulo 18 del TLCAN al Capítulo 11.¹⁸⁶ Como consecuencia, dio por tierra con la mayor parte de los argumentos del panel respecto al Artículo 1105, con relación a las acciones de la municipalidad y las obligaciones de México de crear un ambiente claro y predecible para los inversionistas. Pero esta decisión del juez Tysoe se produjo sólo porque el panel cometió un error técnico al fundamentar sus argumentos en las secciones incorrectas del TLCAN. Consiguientemente, rechazó la conclusión del tribunal de que la violación del Artículo 1105 constituía una violación del Artículo 1110.¹⁸⁷ No obstante, el juez coincidió con el panel del TLCAN en que la acción del gobernador de declarar el área como zona ecológica tipificaba una expropiación. En consecuencia, redujo el monto correspondiente a la indemnización final otorgada a Metalclad, posfechando el cálculo de la misma a la fecha en la que el gobernador emitió el decreto de declaración de zona ecológica.¹⁸⁸ México anunció inicialmente que apelaría la decisión ante una corte canadiense¹⁸⁹ de mayor jerarquía, pero el 13 de junio de 2001 Metalclad anunció que México aceptó pagar los US\$ 15,6 millones ordenados por el juez Tysoe.¹⁹⁰

Confirmando los temores de los funcionarios estatales y municipales de los tres países Parte del TLCAN, el gobierno federal mexicano intentó retener los fondos federales correspondientes al estado de San Luis Potosí, como forma de obligar al estado a pagar el laudo compensatorio por daños y perjuicios a Metalclad. El estado de San Luis de Potosí se defendió. El gobernador del estado recusó la acción federal ante el sistema judicial nacional mexicano, y declaró que “no hay razón judicial, política o moral para que el gobierno federal exija al gobierno de San Luis Potosí que pague la restitución de los US\$ 16 millones de indemnización pagados a Metalclad”.¹⁹¹ El 3 de marzo de 2004, la Suprema Corte mexicana falló unánimemente a favor del estado, dictaminando que el gobierno federal no tenía el derecho de retener los fondos federales de San Luis Potosí y que el gobierno federal era el único responsable del laudo indemnizatorio multimillonario en dólares.¹⁹² Esta historia debe servir de advertencia a los gobiernos estatales y municipales de los Estados Unidos, ya que sobre este tema no ha habido nunca un dictamen de los tribunales estadounidenses.

CONSECUENCIAS

El caso Metalclad no tipificaría como expropiación en el marco de la legislación estadounidense: El tribunal del TLCAN en el caso Metalclad definió expropiación no sólo como “la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa”, sino también como la “interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad”.¹⁹³ Esta definición de expropiación es mucho más amplia que la que admiten los tribunales estadounidenses. La jurisprudencia estadounidense referida a los derechos de propiedad exige que para que se configure un caso de regulación expropiatoria, dicha regulación debe haber destruido prácticamente el 100% del valor de la propiedad y la misma no debe conservar ningún otro uso económico viable. En otras palabras, habría sido suficiente que Metalclad hubiera podido operar una planta de tratamiento de desechos no tóxicos o incluso abrir un McDonalds en la propiedad, para que su demanda por expropiación fuera desestimada por un tribunal estadounidense. En claro contraste, el fallo del tribunal del TLCAN en el caso Metalclad establece que a pesar de que es posible que Metalclad conserve una variedad de usos de la tierra económicamente provechosos, incluyendo potencialmente “la exploración, extracción y utilización de recursos naturales”, igualmente tuvo lugar una expropiación que debe ser indemnizada.¹⁹⁴ En realidad, el panel ni siquiera realizó un análisis para determinar si la propiedad en cuestión tenía otros usos económicamente provechosos que no fueran el que se le había negado al inversionista.¹⁹⁵ El éxito de Metalclad en su demanda por regulación expropiatoria, que hubiera sido desestimada en un tribunal estadounidense, fue una advertencia para las asociaciones nacionales representantes de los funcionarios estatales y locales y para el Congreso de los Estados Unidos. Como resultado, en el proyecto de ley de 2002 que autorizó al ejecutivo a negociar tratados comerciales por la “vía rápida”, el Congreso impartió instrucciones al Representante de Comercio de los Estados Unidos en las que le exige garantizar que los futuros acuerdos comerciales del país no permitirán este tipo de demandas por regulación expropiatoria. Hasta el presente, el Representante de Comercio no ha cumplido con el objetivo marcado por el Congreso de que las empresas extranjeras no gocen de mayores derechos al amparo de los acuerdos comerciales que los que les ofrece la legislación nacional en materia de regulación expropiatoria.

Se socava el control local sobre el ordenamiento territorial, el uso de la tierra y más: Al rever la sentencia del tribunal del TLCAN, el juez Tysoe señaló que la definición de expropiación que manejó ese tribunal es “suficientemente amplia como para incluir un reordenamiento territorial legítimamente establecido por un gobierno municipal u otra autoridad competente en la materia”. No obstante, el juez también concluyó que “la definición de expropiación es una cuestión legal sobre la cual esta corte no tiene potestad para intervenir”.¹⁹⁶ Pero los requisitos para la adjudicación de permisos, las decisiones relativas al ordenamiento territorial y la zonificación, y los controles ambientales del uso del suelo a nivel municipal, son comunes a los tres países del TLCAN. Este caso llevó a la Asociación Nacional de Condados a escribir al Representante Comercial de Estados Unidos: “La Asociación Nacional de Condados está preocupada por el hecho que las interpretaciones amplias del Capítulo 11 por paneles de arbitraje internacionales, podrían tener un efecto desalentador en la toma de decisiones a nivel municipal, supeditar las protecciones legales de los ciudadanos de EE.UU. a la de los inversionistas extranjeros, y resultar finalmente en el vaciamiento y anulación de las leyes y normativas de los gobiernos municipales”.¹⁹⁷

Los tribunales del TLCAN deciden cuestiones de legislación nacional: El panel del TLCAN se atribuyó a sí mismo potestad y competencia para dirimir temas complejos de la legislación nacional mexicana, tales como si realmente se necesitaba un permiso municipal. Ese panel no sólo dictaminó que las acciones del gobierno municipal equivalían a una expropiación, sino que avanzó aún más y afirmó que las autoridades municipales habían “actuado por fuera de los límites de su competencia”

al denegar el permiso de construcción con base en preocupaciones ambientales. El tribunal pronunció un fallo sobre un tema sustantivo de la legislación nacional mexicana, al declarar que "la autoridad exclusiva para situar y permitir un vertedero de desechos peligrosos reside en el gobierno nacional de México".¹⁹⁸ Increíblemente, frente a la opción de acogerse a la interpretación que hace una empresa estadounidense de la legislación nacional mexicana, o a la interpretación que tiene el gobierno mexicano de su propia legislación, el panel del TLCAN escogió la interpretación de la empresa litigante. El lugar adecuado para una disputa sustantiva sobre el significado de una ley nacional es un juzgado nacional.¹⁹⁹

Desconsideración por las disposiciones ambientales del TLCAN: Mientras que el tribunal del TLCAN no halló problema en importar conceptos del preámbulo del TLCAN para sustentar su intrincado razonamiento sobre el caso, llama sobremanera la atención que ese tribunal haya ignorado por completo otros conceptos y expresiones del preámbulo en apoyo al desarrollo sustentable y la protección ambiental. El panel también hizo caso omiso del Artículo 1114 del Capítulo 11, que pretende proteger a los países del TLCAN de una carrera de nivelación hacia abajo en materia de normas ambientales. Por el contrario, el panel del caso Metalclad hizo constar que aun cuando encontraba que el decreto ecológico aportaba motivos adicionales para sentenciar que hubo expropiación, ese panel decidió que "no necesita tener en cuenta las intenciones o motivos para la adopción del decreto ecológico".²⁰⁰

GAMI, CORN PRODUCTS, ADM & STALEY vs MÉXICO: CASOS DE EDULCORANTES

GAMI Investments, Inc.: GAMI Investments, con sede en Las Vegas, Nevada, es una filial de Equity Group Investments, una firma de inversiones privada de Chicago. GAMI es además accionista minoritario (14.18 % del paquete accionario) del *Grupo Azucarero México, S.A. de C.V.* (GAM), una empresa productora de azúcar con sede en Ciudad de México, dueña de varios ingenios.²⁰¹ La similitud en los nombres es coincidencia.

Corn Products International: Corn Products International, Inc, con sede en Westchester, Illinois es una empresa líder a nivel mundial en la producción de edulcorantes y almidón provenientes del proceso de refinación del maíz, entre ellos del almíbar de maíz de alta fructosa (HFCS, por su sigla en inglés). Corn Products realizó ventas netas por valor de US\$ 2 mil millones en 2003, tiene 36 fábricas en 19 países y "es la única empresa refinadora de maíz de Norteamérica con grandes fábricas de edulcorantes y almidón en los tres países del TLCAN".²⁰² Arancia Corn Products, S.A. de C.V. es una empresa mexicana de producción de almíbares de maíz de alta fructosa, subsidiaria de propiedad absoluta de Corn Products que tiene varias fábricas en México.²⁰³

Archer Daniels Midland Company & A.E. Staley Manufacturing Company: Archer Daniels Midland Company (ADM), con sede en Decatur, Illinois es una de las empresas procesadoras de productos agrícolas más grande del mundo con ventas netas de US\$36,2 mil millones en 2004.²⁰⁴ Además de procesar maíz, porotos de soja, trigo y cacao, es una empresa líder en la producción de almíbar o jarabe de maíz de alta fructosa (HFCS). ADM ha estado involucrada en controversias durante toda la última década. En 2004, llegó a un acuerdo por una demanda en su contra por la fijación del precio del HFCS a nivel nacional por el monto de US\$ 400 millones.²⁰⁵ A.E. Staley Manufacturing Company es una firma estadounidense con sede en Illinois, que también es subsidiaria indirecta de una empresa británica a la que pertenece en su totalidad, Tate and Lyle PLC. Ambas firmas producen HFCS en los Estados Unidos y lo embarcan a México. Además, ADM y Staley tienen un 50% del capital de Almidones Mexicanos, S.A. de C.V (ALMEX), un molino de maíz (proceso húmedo) ubicado en Jalisco, México, que produce HFCS, al igual que

almidón, jarabe, aceite, azúcar y otros derivados entre ellos alimentos para animales y harina de gluten.²⁰⁶

EL INTERÉS PÚBLICO

La constante fluctuación del precio del azúcar en el mercado mundial ha generado una gran polémica política y la intervención directa del Estado en las naciones productoras de azúcar, incluidos México y los Estados Unidos. La industria azucarera de México es uno de los sectores más importantes del país en términos de empleo, dando cuenta de más de 300.000 puestos de trabajo directos, y contribuyendo indirectamente a la existencia de 1.9 millones de puestos más.²⁰⁷ Como consecuencia, el azúcar es objeto de una amplia gama de leyes y reglamentos de interés público.

La industria azucarera de México está regida por varias comisiones tripartitas, donde participan los trabajadores de la caña de azúcar, los propietarios de los ingenios, y el gobierno. Estas comisiones administran la ley y resuelven los conflictos internos de la industria. Toman medidas para mantener altos los precios del azúcar en el mercado interno, entre ellas el establecimiento de acuerdos que penalizan la sobreproducción y el no-cumplimiento de los cupos de exportación, y crean un sistema que proporciona incentivos para los trabajadores de la caña de azúcar para que cultiven cierta cantidad de caña cuando los precios mundiales son bajos y hay malas condiciones climáticas.²⁰⁸

El programa de azúcar mexicano se vio enfrentado a una serie de cambios al aprobarse el TLCAN. El tratado incluye un contingente o cupo arancelario para las importaciones de azúcar desde Canadá y México a EE.UU. que se suponía sería eliminado en 15 años (un cupo arancelario es un acuerdo que permite importar cierta cantidad de un producto con términos preferenciales, mientras que las cantidades que exceden el cupo tienen aranceles más altos). En el acuerdo original del TLCAN, México podía exportar 27.557 toneladas de azúcar por año a los Estados Unidos durante los primeros seis años, pasando a 165.000 toneladas el 1º de octubre de 2000 y de ahí en más aumentando 10% cada año hasta la eliminación total de las restricciones en 2008. Además, el acuerdo original estipulaba que se renunciaría a estos límites en 2000, en caso que México alcanzara la condición de “productor neto de excedente”, a ser calculado sustrayendo el consumo doméstico de azúcar de la producción nacional.²⁰⁹ De acuerdo a esta definición, México se constituyó en “productor neto de excedente” a partir del período 1995-96.²¹⁰

Los Estados Unidos, sin embargo, habían anexado al acuerdo del TLCAN una “carta adjunta” (*side letter*) sobre el azúcar, apenas horas antes de que el Presidente Clinton enviara la legislación de aplicación del tratado al Congreso en noviembre de 1993.²¹¹ Esta “carta adjunta” firmada por los representantes de comercio de ambos países el 3 de noviembre de 1993, cambió la definición de “consumo” de azúcar mexicano para incluir tanto azúcar como almíbar de maíz de alta fructosa (HFCS). La carta adjunta en los hechos reduce la cantidad de azúcar que México puede exportar a los Estados Unidos, ya que México importó y consumió una cantidad muy importante de HFCS proveniente de los Estados Unidos a fines de la década de 1990. La formulación expresada en la carta adjunta favorece claramente a los productores de azúcar estadounidenses en perjuicio de sus contrapartes mexicanos. Existe un estudio que muestra que México podría haber sido elegible para exportar hasta 550.000 toneladas de azúcar en el año fiscal 2002 de acuerdo a la redacción original del TLCAN, y que esta cantidad se redujo casi a un tercio según las disposiciones de la carta adjunta.²¹²

La carta adjunta ha provocado una controversia relativamente importante, ya que las versiones en inglés y español de la misma difieren. En la versión en inglés, la carta adjunta se refiere en forma escueta al *consumo* mexicano de HFCS, en tanto que la versión en español deja abierta la

posibilidad de que la *producción* nacional de HFCS en México se incluya en el cálculo de “productor neto de excedente”. Además, el senado mexicano nunca aprobó la carta adjunta, lo que llevó a México a impugnar su validez.²¹³

En 1996, cuando México buscó exportar su excedente de azúcar a los Estados Unidos –conforme a la habilitación que le daban las disposiciones del TLCAN sobre el azúcar, según la interpretación de las mismas por el gobierno mexicano—las importaciones libres de impuesto fueron bloqueadas por los Estados Unidos. Cuando México entabló la demanda correspondiente en el marco del TLCAN, los Estados Unidos se negaron a nombrar árbitros para un panel del TLCAN para la solución de diferencias y procedieron a exportar enormes volúmenes de HFCS fuertemente subsidiado al mercado mexicano.²¹⁴ En 1997, el gobierno mexicano impuso aranceles a las importaciones de HFCS desde Estados Unidos, después de descubrir que lo estaban vendiendo por debajo del costo de producción, una práctica ilícita bajo las disposiciones de la OMC conocida con el nombre de “*dumping*”.²¹⁵ Los Estados Unidos respondieron presentando una demanda ante la OMC, que en 2000 falló a favor de los Estados Unidos y en contra de los intentos de México de salvaguardar su industria insignia.²¹⁶

Entre tanto, el influjo de HFCS estadounidense post-TLCAN desplazó en forma significativa las ventas de azúcar mexicano, provocando la pérdida de puestos de trabajo en el sector.²¹⁷ Los ingenios azucareros, atrapados entre los pagos obligatorios a los productores y su incapacidad de controlar los precios del mercado, han fluctuado entre la mera supervivencia y un endeudamiento grave no sustentable.²¹⁸

Habiendo fracasado en la búsqueda de una indemnización en la OMC, el gobierno mexicano recurrió a una serie de otras medidas políticas. En primer lugar, en septiembre de 2001, México expropió 27 ingenios fuertemente endeudados –incluidos cinco de propiedad de la compañía mexicana GAM- para poder controlar la deuda masiva de la industria y garantizar el pago a los trabajadores.²¹⁹

En segundo lugar, el Congreso de México adjuntó a la ley de presupuesto federal de 2001, la creación de un impuesto a los artículos de lujo, que grava con un 20% a las bebidas y jarabes que utilizan edulcorantes distintos de la caña de azúcar.²²⁰ El impuesto efectivamente detuvo tanto las importaciones de HFCS desde los Estados Unidos como la producción de HFCS en plantas mexicanas. En marzo de 2004, los Estados Unidos presentaron otra demanda contra México en la OMC por el impuesto, y posteriormente amenazaron con gravar el tequila y otros productos importados de México, como represalia.²²¹ Entre tanto, las intervenciones del gobierno mexicano en el sector azucarero funcionaron y la industria finalmente comenzó a recomponerse.²²²

EL ATAQUE DEL TLCAN

Amparada en el TLCAN, la compañía estadounidense GAMI presentó su demanda inversionista-Estado contra México ante la CNUDMI el 9 de abril de 2002.²²³ GAMI reclama que pagó US\$ 30 millones por su inversión como accionista minoritario en la compañía mexicana GAM y sus cinco ingenios azucareros a fines de la década de 1990. Poco tiempo después, según GAMI, las decisiones regulatorias y las acciones y omisiones del gobierno mexicano determinaron tres años de pérdidas en esas empresas, que terminaron con la expropiación de los ingenios en 2001. Específicamente, GAMI alega que el gobierno fracasó en implementar adecuadamente este régimen normativo y adoptó otras medidas que perjudicaron la inversión de GAMI, que incluyen: 1) el aumento del precio que los ingenios debían pagar a los productores por la caña de azúcar independientemente del precio del mercado; 2) no aplicó los requisitos de exportación para la producción excedente de manera equitativa en todos los ingenios; 3) no determinó el nivel de producción base en cada

ingenio oportunamente y en forma transparente, lo que hubiera permitido el cumplimiento de las disposiciones respecto de la exportación; y 4) discriminó a GAM cuando se realizó la reestructuración de la deuda de GAM. El inversionista alega que todas estas acciones violan el Artículo 1102 del TLCAN (trato nacional), el artículo 1105 (trato justo y equitativo) y el artículo 1110 (expropiación). GAMI solicita una indemnización de US\$ 55 millones por daños y perjuicios.²²⁴

Corn Products International presentó ante el CIADI su demanda inversionista-Estado amparada en el Capítulo 11 del TLCAN en octubre de 2003.²²⁵ Corn Products asevera que el impuesto con que México grava los HFCS viola la garantía de trato nacional para los inversionistas extranjeros prevista en el artículo 1102 del TLCAN, la prohibición de requisitos de desempeño del artículo 1106 del TLCAN, y la prohibición de expropiación indirecta del artículo 1110 del TLCAN. Corn Products procura obtener una indemnización por daños y perjuicios superior a US\$ 325 millones.²²⁶

ADM y Staley presentaron una notificación de intención de recurrir al mecanismo inversionista-Estado previsto en el TLCAN el 13 de octubre de 2003.²²⁷ La producción de HFCS de esas empresas en su fábrica en México cayó significativamente y las exportaciones del edulcorante proveniente de sus fábricas en EE.UU. a México finalizaron en 2003.²²⁸ Al igual que Corn Products, argumentan que el impuesto a los HFCS viola las obligaciones de México de garantizar el trato nacional para los inversionistas extranjeros prevista en el artículo 1102 del TLCAN, la prohibición de requisitos de desempeño del artículo 1106 del TLCAN, y la prohibición de expropiación indirecta del artículo 1110 del TLCAN. Reclaman una indemnización de aproximadamente US\$ 100 millones por daños y perjuicios.²²⁹

Estos tres litigios sobre edulcorantes en el TLCAN representan un tremendo ataque bifronte de inversionistas extranjeros al programa de azúcar del gobierno mexicano. Por una parte, México está siendo atacado por el inversionista GAMI por hacer menos de lo debido para regular la industria y garantizar la rentabilidad de los ingenios azucareros. Por la otra, está siendo atacado por Corn Products, ADM y Staley por hacer demasiado y por aplicar el impuesto al HFCS, aunque ese impuesto haya tenido un enorme impacto en la restauración de la rentabilidad del mercado de azúcar mexicano. El gobierno de México está atrapado entre una roca y un abismo al tratar de congraciarse con dos inversionistas extranjeros, cuyos intereses en la industria azucarera del país son absolutamente divergentes.

DESENLACE

El 15 de noviembre de 2004 un tribunal de la CNUDMI desestimó en su totalidad las reclamaciones de GAMI contra México. En el texto del fallo final, el tribunal de la CNUDMI primeramente analiza dos temas importantes relativos a la competencia jurisdiccional. El panel dictaminó que GAMI tenía derecho a invocar el Capítulo 11 y a presentar su demanda amparado en el artículo 1117 del TLCAN (en representación de la empresa), incluso aunque la firma de inversiones estadounidense fuera un accionista minoritario y no controlara a GAM. Para el panel la cuestión no era que México no hubiera incurrido en confiscación explícita ni interferido con las acciones efectivas de propiedad, por el contrario, la cuestión era si el incumplimiento del TLCAN ocasionaba a GAMI un perjuicio suficiente para justificar la indemnización.²³⁰ El panel también determinó que el inversionista estadounidense GAMI tenía derecho a proceder en el marco del Capítulo 11 del TLCAN, incluso aunque la firma mexicana GAM hubiera planteado y obtenido la anulación de la expropiación de 2001. En febrero de 2004, en medio del arbitraje del TLCAN, los tribunales mexicanos fallaron, en un caso presentado ante la jurisdicción nacional por GAM, que la expropiación de tres fábricas de GAM no era procedente (las otras dos expropiaciones no fueron objeto de demanda judicial). Aunque el TLCAN generalmente no permite la iniciación de demandas

simultáneas ante juzgados nacionales y un tribunal del TLCAN, este panel del TLCAN decidió que la demanda de GAMI ante el TLCAN no debía desestimarse porque el accionista mayoritario hubiese acudido a los juzgados nacionales en busca de una solución.²³¹ Este fallo, que es el primero de su tipo, abre la posibilidad a distintos accionistas a realizar diversas demandas en forma simultánea ante los organismos arbitrales internacionales y los tribunales nacionales, una situación que el artículo 1121 del TLCAN intentaba impedir cuando le exige a los inversionistas renunciar a su derecho a proceder ante los juzgados nacionales si al mismo tiempo acuden a los tribunales del TLCAN.

Sobre la demanda referida al nivel mínimo de trato, el panel dictaminó que es posible que México efectivamente no haya implementado elementos claves de su programa del azúcar. Sin embargo, citando al fallo del caso de Waste Management, estableció que GAMI no pudo comprobar su denuncia en torno a que esas omisiones específicas del programa azucarero constituyese un “repudio categórico e injustificado” de los reglamentos relevantes o que estos problemas fuesen de responsabilidad exclusiva del gobierno.²³² Los factores macroeconómicos así como las acciones de las comisiones tripartitas, los sindicatos y el sector privado probablemente también jugaron un papel.

En lo que hace a las demandas fundadas en el artículo 1102, el tribunal encontró que las reclamaciones de GAMI con respecto a que sus inversiones en GAM no recibieron trato nacional, no correspondían en este caso, ya que GAMI no probó que la expropiación de los ingenios de GAM tuviera que ver con el hecho que su participación como accionista minoritario fuese en carácter de compañía estadounidense. Por último, la reclamación basada en el artículo 1110 fue rechazada en base a que fueron los bienes de GAM y no de GAMI los expropiados. Debido a que esos bienes fueron luego devueltos, y como GAMI no tuvo esto en cuenta y siguió con su demanda argumentando que el error anterior constituía la destrucción total del valor de su inversión —cuando era palmariamente evidente que esto no era cierto—el panel rechazó la demanda de GAMI por expropiación.²³³ (Cabe señalar que el panel no se expidió sobre si “la destrucción *parcial* de los intereses del accionista puede ser equivalente a una expropiación” si tales medidas se demuestran financieramente, lo que constituye un vacío legal que es posible que haya que llenar si se presentan casos similares en el futuro).²³⁴

El proceso de arbitraje de los casos de Corn Products y de ADM/Staley todavía está pendiente de resolución. Las demandas de indemnización de ambas empresas ascienden a la cifra apabullante de US\$ 425 millones.

CONSECUENCIAS

Amenaza la estabilidad económica y social: La agricultura mexicana ha sentido el golpe de las principales disposiciones comerciales del TLCAN en el pasado. Antes del TLCAN, México importaba maíz sólo cuando la producción de sus campesinos y pequeños productores no alcanzaba para satisfacer las necesidades del mercado interno. No habían pasado aún dos años de la entrada en vigor del TLCAN en enero de 1994 cuando el gobierno mexicano decidió no cobrar más los aranceles que le adeudaban por concepto de importaciones de maíz, en conformidad con el arancel de aduanas contemplado en el TLCAN.²³⁵ A raíz de esto, las exportaciones de maíz estadounidense a México se han más que duplicado, provocando una caída del 70% en los precios reales que se pagan a los campesinos mexicanos por su maíz,²³⁶ y desplazando alrededor de 1,55 millones de pequeños productores y trabajadores rurales que han ido a parar a asentamientos precarios en las ciudades o han emigrado cruzando la frontera hacia los Estados Unidos.²³⁷ La oleada de importaciones de maíz del TLCAN provocó trastornos enormes en el mundo rural mexicano y creciente intranquilidad social. Un movimiento de protesta campesino denominado “El campo no

aguanta más” bloqueó las principales carreteras y otras arterias en febrero de 2003, al marchar hacia Ciudad de México con decenas de miles de campesinos y el apoyo de una docena de organizaciones rurales. La sede del Congreso mexicano fue invadida por manifestantes campesinos, entre ellos uno a caballo. La policía antimotines fue llamada a reprimir a los trabajadores y sus hijos. La cobertura televisiva de estos contribuyó a la movilización de los habitantes de las ciudades que se unieron a la protesta.²³⁸ Ahora ese mismo escenario de trastorno económico y descontento social podría volver a repetirse si México es obligado a levantar su impuesto a los HFCS y los edulcorantes estadounidenses en base a maíz siguen inundando el mercado mexicano. El gobierno creó su marco regulatorio del azúcar y el impuesto al HFSC para fomentar el empleo rural y evitar un mayor aumento de la pobreza y desplazamientos masivos relacionados con el TLCAN. Aunque las medidas del gobierno mexicano despertaron controversia, su aplicación ha impedido que el desempleo creciera al grado que de otro modo hubiera aumentado, y el sector azucarero comienza a reponerse.

La gran agroindustria estadounidense explota la situación de los productores agrícolas a ambos lados de la frontera: El maíz, la materia prima para la producción de HFCS, es uno de los cultivos agrícolas más subsidiados en los Estados Unidos. La eliminación de los instrumentos de manejo y control de la producción y los inventarios agrícolas en las leyes agrícolas de 1996 y 2002 ha generado una enorme sobreproducción estructural que, salvando los casos del mal tiempo y enfermedades de los cultivos, ha significado la depreciación de los precios del grano hasta en un 40% desde 1996. Los precios de mercado del maíz en 2001 eran 23% más bajos que el costo de producción. Estos precios artificialmente bajos contribuyeron a expulsar del mercado a más de 38.000 pequeños productores estadounidenses entre 1993 y 2000, a pesar de los subsidios financiados con el dinero de los contribuyentes. Los subsidios se dan en forma de ayuda directa a los ingresos de los productores. Algunos llaman a estos pagos “subsidios de servidumbre” porque proporcionan a los productores el dinero justo para sobrevivir hasta la nueva zafra, para que puedan producir otra cosecha. Básicamente, con estos fondos provenientes de los contribuyentes se compensa la negativa de las agroindustrias a pagarle a los agricultores un precio superior al costo de producción. Los precios bajos de los cultivos comerciales benefician a las grandes empresas del sector agroindustrial que compran enormes cantidades de maíz para sus fábricas de alimentos para animales y la producción de HFCS tanto en México como en los Estados Unidos. Con sus precios por debajo del costo de producción, estas compañías arruinan tanto a los productores de edulcorantes estadounidenses de menor porte como a la competencia en los mercados extranjeros donde operan. Antes de la imposición del gravamen a las importaciones de HFCS en México en 2001, las importaciones de HFCS baratos fluían al mercado mexicano provenientes de los Estados Unidos, fabricados en plantas industriales en territorio mexicano, desplazando al azúcar nacional mexicano utilizado por la industria de bebidas gaseosas y forzando la caída del precio del azúcar en el mercado interno de México.²³⁹ El impuesto mexicano a las importaciones de HFCS le puso coto efectivamente al *dumping* de ese edulcorante derivado del maíz.

S.D. MYERS vs CANADÁ: TRATAMIENTO DE DESECHOS PCB TÓXICOS

“Cada Parte tomará las medidas apropiadas para: ... 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 ...”.

Convención de Basilea²⁴⁰

S.D. Myers, Inc. es una empresa de tratamiento de desechos, con sede en Ohio, EE.UU. S.D. Myers reivindicaba poseer inversiones en Canadá, a las que se hace referencia indistintamente como S.D. Myers Canadá y Myers Canadá. A principios de los '90 la empresa pretendía importar de Canadá a EE.UU. bifenilos policlorados —conocidos como PCB (por su sigla en inglés)—para procesarlos en su planta de Ohio, y presionó a funcionarios estadounidenses y canadienses para obtener los permisos correspondientes. En esa época la legislación canadiense favorecía el tratamiento y eliminación de los PCB en territorio canadiense. Sin embargo, una reglamentación canadiense de 1990 sobre 'exportación de desechos de PCB' habilitó las exportaciones a EE.UU., siempre y cuando éstas fuesen previamente aprobadas por la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por su sigla en inglés) estadounidense.²⁴¹ En EE.UU., la Ley de Control de Sustancias Tóxicas de 1976 prohibía la importación a EE.UU. de PCB, excepto en algunos casos muy especiales, tales como importaciones procedentes de bases militares estadounidenses en el exterior.²⁴² Sin embargo, en octubre de 1995 la EPA decidió autorizar a S.D. Myers y otras nueve empresas a importar PCB para procesamiento y eliminación en EE.UU.²⁴³ En 1996, la EPA procedió a transformar esa política informal en reglamento nacional, y emitió finalmente un "Reglamento de Importación de Desechos para Eliminación", que abrió las fronteras estadounidenses a la importación de PCB para procesamiento y eliminación en EE.UU.²⁴⁴ En noviembre de 1995, apenas un mes después que la EPA abriera la frontera, Canadá emitió una Orden Provisoria prohibiendo las exportaciones de PCB.²⁴⁵ Canadá manifestó que necesitaba tiempo para estudiar la situación legal contradictoria que imperaba en EE.UU. (una ley que prohibía las importaciones, y un reglamento que las habilitaba) y revisar sus compromisos y obligaciones internacionales con respecto al comercio de PCB. Canadá es signatario de la Convención de Basilea, un acuerdo multilateral sobre medioambiente que regula el comercio transfronterizo de desechos tóxicos, abogando por el procesamiento de desechos tóxicos tan cerca como sea posible del lugar donde se los genera, y minimizar así el transporte de esos materiales.²⁴⁶

EL INTERÉS PÚBLICO

Los PCB se usaban como refrigerantes y lubricantes en transformadores, capacitadores y otros equipos eléctricos, debido a que ese compuesto químico funciona bien como aislante y es a prueba de la intemperie.²⁴⁷ La producción de PCB fue prescrita en EE.UU. en 1977, puesto que se halló evidencia de que se acumulan en el medioambiente y producen efectos nocivos a la salud.²⁴⁸ La EPA estudió los PCB durante años y determinó que son tóxicos para los seres humanos y peligrosos para el medioambiente. "Los PCB entran al cuerpo a través de los pulmones, el tracto gastrointestinal y la piel, y pueden circular por el organismo y depositarse en los tejidos adiposos. Los tejidos adiposos de los organismos superiores absorben y guardan los PCB, a medida que éstos se acumulan a lo largo de la cadena alimentaria, desde los invertebrados hasta los mamíferos ... Los PCB pueden provocar daño en el desarrollo, efectos nocivos para el sistema reproductivo, y oncogénesis [cáncer] en los seres humanos".²⁴⁹

En virtud de la amenaza singular que representan los PCB y otras sustancias altamente tóxicas, la Convención de Basilea fija reglas con respecto a su eliminación como desecho.²⁵⁰ Canadá y México son signatarios de ese convenio aprobado en 1989, pero no así EE.UU. que la firmó mas nunca la ratificó. La Convención de Basilea recomienda enérgicamente a los países limitar las exportaciones de desechos peligrosos, desarrollar capacidad interna para procesar localmente sus desechos y promover procesos de producción que limiten la generación de desechos tóxicos. Cuando emitió su Orden Provisoria prohibiendo las exportaciones de PCB, Canadá anunció que necesitaba evaluar sus compromisos y obligaciones bajo la Convención de Basilea, que estimula a los gobiernos a: 1) no comerciar desechos tóxicos con países no signatarios; 2) garantizar que la eliminación de PCB como desechos se realice de manera ambientalmente adecuada; y, 3)

desarrollar una estrategia viable a largo plazo para la eliminación de esos desechos en el propio territorio nacional.²⁵¹

Además, Canadá era conciente de la ley estadounidense que prohibía la importación de PCB a EE.UU., y cuestionó acertadamente si la “discreción ejecutiva” de la EPA y la promulgación del permiso para importar PCB a EE.UU. cumplían con la legislación sobre la materia aprobada en el Congreso estadounidense.²⁵² Una vez realizada la evaluación, Canadá procedió a desarrollar normas permanentes para permitir las exportaciones de PCB desde Canadá a EE.UU., bajo determinadas condiciones.²⁵³ La nueva reglamentación canadiense entró en vigor el 4 de febrero de 1997, y S.D. Myers importó a EE.UU. siete cargamentos de desechos de PCB canadienses.²⁵⁴ Sin embargo, el 20 de julio de 1997, un juzgado estadounidense cerró permanentemente la frontera de EE.UU. para el comercio de PCB, después que la organización ambientalista estadounidense Sierra Club impugnara exitosamente ante un juzgado estadounidense el flamante 'Reglamento de Importación de Desechos para Eliminación' como violatoria del estatuto subyacente, la Ley de Control de Sustancias Tóxicas.²⁵⁵

EL ATAQUE DEL TLCAN

El 30 de octubre de 1998, S.D. Myers demandó a Canadá por U\$S 20 millones, como indemnización por las ganancias que dejó de percibir (lucro cesante) durante los 16 meses que la EPA permitió la importación de PCB a EE.UU., mientras que las exportaciones permanecían bloqueadas por Canadá.²⁵⁶ La empresa alegó que la Orden Provisoria canadiense constituía una violación del capítulo del TLCAN sobre inversiones, puesto que perjudicaba su posibilidad de participar en las utilidades de su proyecto de importaciones de PCB canadiense para eliminación como desechos en EE.UU. Específicamente, la empresa reclamó que los nuevos privilegios que le correspondían como inversionista bajo el TLCAN habían sido violados, porque la prohibición canadiense constituía una "discriminación encubierta" dirigida específicamente a S.D. Myers, violatoria de las normas del TLCAN sobre 'trato nacional' (Artículo 1102).²⁵⁷ La empresa también reivindicó que la prohibición se había efectuado "de una manera discriminatoria e injusta y que constituía una negación de la justicia y una violación de la buena fe", contrarias a las reglas del TLCAN que garantizan un trato justo y equitativo para los inversionistas extranjeros (Artículo 1105).²⁵⁸ S.D. Myers sostuvo, además, que la prohibición canadiense a las exportaciones, de hecho, obligaba a la empresa a efectuar la eliminación de PCB en territorio canadiense, lo cual constituye un requisito ilícito de desempeño –prohibido bajo el Artículo 1106 del TLCAN—que le imponía condiciones a su inversión.²⁵⁹ Por último, la empresa objetó que la prohibición canadiense la privaba de percibir ganancias sobre sus inversiones en Canadá, y que constituía una medida "equivalente a una expropiación", tal y como la define el TLCAN en su Artículo 1110, sujeta a indemnización del gobierno.²⁶⁰

DESENLACE

El 13 de noviembre del 2000, un tribunal del TLCAN convocado por la CNUDMI se pronunció a favor de S.D. Myers. A pesar que el tribunal desestimó las reclamaciones de la empresa referidas a expropiación y requisitos de desempeño, ese panel sí sostuvo las demás reclamaciones de la empresa. El tribunal sentenció que Canadá había violado de diversos modos las reglas del TLCAN en materia de 'trato nacional'.²⁶¹ Aun cuando desarrollar una industria local de tratamiento de PCB fuese un "objetivo legítimo" canadiense, el tribunal dictaminó que Canadá tendría que alcanzar esa meta de manera tal que fuese "de conformidad con las reglas del TLCAN sobre inversiones", sentenciando que la Orden Provisoria y la evaluación no lo eran.²⁶² El panel sugirió que Canadá debería haber utilizado contratos gubernamentales y subsidios para promover el desarrollo de un

sistema nacional de eliminación de PCB como desechos, en lugar de decretar una prohibición a las exportaciones.²⁶³

El tribunal decidió, además, que la cuota parte del mercado de PCB canadiense correspondiente a S.D. Myers constituía una inversión legítima bajo el TLCAN, agregando así las "cuotas de mercado" como otra forma de inversión que se suma entonces a la extensa lista previamente enumerada en la sección de "definiciones" del capítulo del TLCAN sobre inversiones.²⁶⁴ De manera semejante al panel del caso Metalclad, pero arribando a la conclusión opuesta, el panel del caso S.D. Myers también sentenció que la violación del 'trato nacional' ocurrida en este caso constituyó asimismo una violación de la garantía de un 'nivel mínimo de trato', razón por la cual no era necesario probar ninguna otra injusticia infractora del derecho internacional para motivar una violación del Artículo 1105.²⁶⁵ En consecuencia, Canadá fue conminada a indemnizar a S.D. Myers por las ganancias que la empresa hubiese percibido de habersele permitido la importación de PCB durante los 16 meses en cuestión. El 21 de octubre de 2002, el tribunal emitió el fallo dictaminando que el Tesoro canadiense tenía que pagarle a la empresa una indemnización de US\$ 4,8 millones.

Canadá apeló sin éxito la decisión del tribunal ante la 'división de juicios' de la corte federal canadiense.²⁶⁶ La ley de Arbitraje de Canadá permite a los tribunales nacionales descartar dictámenes arbitrales cuando los mismos abordan temas que "exceden el alcance de lo sometido a arbitraje" o entran "en conflicto con las políticas públicas de Canadá".²⁶⁷ Canadá había argumentado enérgicamente a lo largo del litigio que la disposición de desechos de PCB en el propio territorio nacional había constituido una política pública canadiense conforme a diversas leyes nacionales y acuerdos internacionales. El 13 de enero de 2004, sin embargo, la corte federal desestimó en su totalidad la solicitud de revisión del caso presentada por el gobierno canadiense. Ante el argumento de Canadá que sostenía que el tribunal del TLCAN no tenía competencia jurisdiccional sobre la demanda objeto del fallo, la corte respondió que la oportunidad de Canadá de hacer objeciones sobre la jurisdicción había caducado ya que las objeciones en temas de competencia deberían haber sido abordadas como asunto preliminar, previo a la audiencia del tribunal sobre los méritos.²⁶⁸ Además, la corte encontró que permitir que el laudo del caso SD Myers siguiera vigente no contravenía la política pública del país, contrariamente a lo que sostenía Canadá.²⁶⁹ Por último, la corte declinó la pretensión del gobierno de que la corte ejerciese una pauta de revisión amplia que le permitiera revisar básicamente el expediente en su totalidad para encontrar errores legales y fácticos, en lugar que la pauta de revisión común que se ejerce en general sobre laudos de arbitraje, que les otorga un alto grado de deferencia.²⁷⁰

CONSECUENCIAS

Cuota del mercado califica como "inversión" protegida por el TLCAN: El caso S.D. Myers amplió indeleblemente la definición de "inversionista" e "inversión". S.D. Myers era un proveedor de servicios transfronterizos que realizaba el tratamiento de desechos en una planta en Ohio, no en Canadá. Como argumentó el gobierno de Canadá en su escrito de defensa, no resulta nada claro cuál era la "inversión" de S.D., Myers en Canadá.²⁷¹ La compañía estadounidense afirmó tener una conversión (*joint venture*) con Myers Canada, propiedad de un integrante de la familia Myers. Sin embargo, tampoco queda claro que el cierre de la frontera haya perjudicado los bienes de esta compañía canadiense. A todas luces, los esfuerzos permanentes de S.D. Myers por hacerse a una cuota del mercado canadiense de eliminación de PCB como desechos, no son comparables con las inversiones que sí realizó Metalclad, comprando bienes inmuebles y una empresa de servicios ubicada en México, y construyendo nuevas instalaciones multimillonarias en México. No obstante, el tribunal del TLCAN equiparó ambas situaciones, llegando incluso a sugerir que S.D. Myers podía ser considerado como inversionista por el mero hecho de procurar hacerse a una cuota del mercado canadiense de eliminación de PCB como desechos. Este caso abre la puerta a

inversionistas cuyos negocios fueron desautorizados antes de establecerse, para que presenten con éxito demandas reclamando indemnización por lucro cesante.²⁷² La firma canadiense Glamis Gold bien puede haber aprovechado la lección de este caso. Glamis Gold actualmente tiene en curso una demanda amparándose en el TLCAN contra una ley del estado de California que según afirma le impide abrir una mina de oro a cielo abierto (ver más adelante página 73). Por otra parte, la lógica usada por el tribunal en el caso S.D. Myers puede haber fomentado la presentación de nuevas demandas por parte de inversionistas interesados en utilizar el mecanismo inversionista-Estado como estrategia para ampliar su cuota de participación en el mercado. El más notable de estos casos es el de UPS contra el servicio postal canadiense (ver más adelante, página 65).

Los derechos de los inversionistas triunfan sobre las obligaciones ambientales internacionales:

En este caso, Canadá expuso explícitamente sus obligaciones en el marco de un acuerdo multilateral sobre medioambiente (la Convención de Basilea) como justificación de la Orden Provisoria, la prohibición transitoria de las exportaciones de PCB y los esfuerzos para desarrollar la capacidad de tratamiento de PCB en el territorio nacional. Este caso sustancia una preocupación expuesta por los ambientalistas durante el debate que acompañó la aprobación del TLCAN: ¿qué pasaría si las reglas amplias del TLCAN requiriesen actuar infringiendo obligaciones surgidas de acuerdos ambientales firmados por muchos países, entre ellos los países Parte del TLCAN? La especialista en comercio de Sierra Club, Christine Elwell, consideró que este fallo es “un golpe devastador no sólo para la potestad nacional de un país de establecer sus propias normas, sino también para la Convención de Basilea”.²⁷³ Este caso representa una señal de alarma sobre la situación que generalmente se desencadena en el marco del TLCAN cuando los “derechos” de los inversionistas entran en conflicto con las políticas y obligaciones ambientales de los países.

Los tribunales internacionales ‘corrigen’ a los gobiernos y restringen sus opciones políticas:

También llama sobremanera la atención que el tribunal del caso S.D. Myers se haya atribuido competencia para decidir qué tipo de políticas podría usar el gobierno canadiense para alcanzar sus objetivos ambientales. Ese tribunal, que no contaba con ninguna experiencia en políticas ambientales, definió como legítimo el objetivo de Canadá de promover una industria canadiense de eliminación de PCB como desechos, y no se pronunció en contra del enfoque canadiense para alcanzar ese objetivo, ni lo halló insensato. Pero el panel sentenció, por otro lado, que para alcanzar ese objetivo, Canadá estaba obligada a optar por un medio que fuese el más acorde con el libre comercio –o “menos restrictivo del comercio”, en la jerga de la OMC, y recomendó que el gobierno utilizase su política de contratación pública y compras del Estado como vía alterna para fomentar la industria nacional de eliminación de PCB. Irónicamente, las reglas del TLCAN sobre contratación pública prohíben darle preferencia a los prestadores nacionales de servicios frente a los prestadores extranjeros, por lo cual la recomendación del panel en sí misma violaría las reglas del TLCAN, demostrando hasta qué punto el TLCAN restringe las opciones políticas de los gobiernos.

¡No me molesten con la ley! Por último, aunque reconoció que la importación de PCB a EE.UU. en todo momento fue ilegal según la ley estadounidense, el tribunal del TLCAN no pareció juzgar que ese hecho fuese relevante para el caso.²⁷⁴ En otras palabras, a pesar que era ilegal importar PCB a EE.UU., el hecho que Canadá decidiese frenar ese comercio fue sentenciado como una violación canadiense del TLCAN.

UPS vs CANADÁ: SERVICIOS POSTALES NACIONALES

“Cuando se está llevando a juicio nuestro empleo y jubilaciones y nuestro servicio público de correos deberíamos tener derecho a defenderlos”.

Deborah Bourque, vicepresidenta de la Unión de Trabajadores Postales de Canadá²⁷⁵

United Parcel Service of America Inc. (UPS), con sede en Atlanta, Georgia, EE.UU., es la mayor empresa de servicios de entrega inmediata de correos y paquetes en el mundo.²⁷⁶ Fundada en 1907, esa empresa emplea a 330.000 personas y entrega anualmente más de 3 mil millones de paquetes y documentos en EE.UU., Canadá, México y 200 países más.²⁷⁷ UPS Canadá viene brindando servicios desde 1975.

EL INTERÉS PÚBLICO

En 1981, el sistema canadiense de correos dejó de ser una agencia gubernamental al ser transformado en “Empresa Real” (*Crown Corporation*), que es una empresa de propiedad pública.²⁷⁸ La nueva empresa, conocida como Canada Post, utiliza con frecuencia la terminología empresarial para describir sus actividades, pero aún sigue siendo una organización de servicio público, designada por el gobierno canadiense como prestadora universal de servicios postales.²⁷⁹ En 1993, Canada Post adquirió la principal empresa de correos por entrega de un día para otro, conocida como Purolator Courier.²⁸⁰ La nueva entidad emplea aproximadamente a 64.000 trabajadores, convirtiendo al sistema postal en el quinto mayor proveedor de empleo en Canadá.²⁸¹

EL ATAQUE DEL TLCAN

El 19 de abril de 2000 UPS entabló demanda inversionista-Estado contra Canadá, amparándose en el Capítulo 11 del TLCAN, y reclamó indemnización por US\$ 160 millones. UPS alega que Canada Post constituye una violación del Capítulo 11 del TLCAN y de las cláusulas del Capítulo 15 del TLCAN en materia de políticas de competencia, monopolios y empresas administradas por el Estado. Los Artículos 1502.3(a) y 1503.2 del TLCAN exigen que los monopolios gubernamentales y las empresas administradas por el Estado operen en conformidad con las reglas del Capítulo 11 del TLCAN. Esas cláusulas están incorporadas al Capítulo 11 como referencias en el Artículo 1116.²⁸² Sin embargo, el centro del alegato de UPS se basa en el Artículo 1502.3(d) del TLCAN, que *no* está incorporado al Capítulo 11. Citando esa cláusula, UPS reclamó que Canada Post abusa de su condición especial de monopolio al utilizar su infraestructura para beneficiar con ‘subsidios cruzados’ a sus servicios de correos y paquetes. Según UPS, esos subsidios cruzados ilegales bajo el TLCAN, se concretan en casillas postales, locales de venta de servicios postales, transportes aéreos y terrestres, e incluso hasta en los mismos carteros. UPS alegó que eso representa una violación de las reglas del TLCAN sobre trato justo y equitativo (Artículo 1105), así como del requisito que establece que las empresas locales no deben recibir un trato preferencial bajo el TLCAN (Artículo 1102).²⁸³ UPS reclamó además que Canada Post recibe atención preferencial en la importación de embalajes y en los trámites y tasas de aduana, en infracción de las reglas del TLCAN sobre trato nacional (Artículo 1102).²⁸⁴ Por último, UPS alegó que se había violado la “imparcialidad” garantizada por el Artículo 1105 del TLCAN, porque el gobierno canadiense no tomó las medidas pertinentes cuando una evaluación gubernamental había arrojado que Canada Post incurría en prácticas anticompetitivas.²⁸⁵ En una jugada poco usual, la empresa también invocó otros requisitos contemplados en el capítulo del TLCAN que regula el comercio en el sector de servicios. UPS alegó trato discriminatorio bajo el Artículo 1202 del TLCAN –la cláusula sobre trato nacional incluida en el capítulo que regula el comercio transfronterizo de servicios. El monto de la indemnización reclamada por UPS representa las ganancias que la empresa dejó de percibir desde que el TLCAN entró en vigor en 1994, más dos años adicionales que agregó UPS para abarcar el período de duración de la disputa en el TLCAN.²⁸⁶ Este es el primer caso en que una demanda ‘inversionista-Estado’ amparada en el TLCAN opera directamente contra un servicio público, y su resolución podría acarrear consecuencias significativas para todos los servicios públicos en los tres países del TLCAN.

DESENLACE

Este caso está siendo arbitrado según las reglas de la CNUDMI. El sindicato canadiense de trabajadores postales, cuyas vidas y sustento se verían más afectados por un veredicto adverso del TLCAN, intentó intervenir legalmente en el caso solicitando participación como Parte interesada. Sin embargo, su petición fue denegada por un panel del TLCAN en 2001. No obstante, el tribunal dictaminó que podía recibir escritos *amicus*, pero pospuso la decisión sobre si efectivamente los aceptase o no para una fecha posterior.

Amparándose en la Ley sobre la Libertad de Información (FOIA, por su sigla en inglés), *Public Citizen* presentó una petición de información sobre este caso, en la que le solicita al gobierno que le brinde información sobre el caso a la ciudadanía, tal y como prescribe la legislación de EE.UU.. El Departamento de Estado (Ministerio del Interior o de Gobierno) respondió que el “Escrito de Demanda” de UPS había sido clasificado como secreto, en interés de la “seguridad nacional” y, por consiguiente, que no estaba sujeto a la FOIA. Es muy difícil imaginar qué intereses de “seguridad nacional” podrían estar en juego en la reclamación de esa empresa. Por eso, *Public Citizen* decidió impugnar esa decisión del Departamento de Estado ante el sistema judicial estadounidense. Tras casi dos años de argumentos y contra-argumentos legales, y cuando los juzgados de EE.UU. se encontraban a punto de dictar un veredicto sobre el caso presentado por *Public Citizen*, UPS finalmente optó por liberar voluntariamente una versión enmendada del documento en cuestión, y abrir al público las audiencias sobre el tema. Esta es la primera vez que el proceso de un tribunal del TLCAN se abre al escrutinio público.

El 22 de noviembre de 2002, el tribunal emitió una decisión inicial sobre la demanda que entabló Canadá cuestionando que un tribunal de inversiones tenga competencia jurisdiccional para atender la demanda de UPS amparada en el TLCAN sobre supuestas violaciones al Capítulo 15, que establece límites a la política de competencia, monopolios y empresas del Estado. Algunos aspectos del Capítulo 15 son pasibles de ser objeto de ejecución forzada mediante los mecanismos del Capítulo 11 y otros no. Al referirse al punto de si el trato otorgado a UPS por Canadá era compatible con el derecho internacional consuetudinario, el tribunal concluyó que no existía ninguna norma del derecho internacional consuetudinario que prohibiera o regulara la conducta anticompetitiva,²⁸⁷ y desestimó las reclamaciones de la empresa basadas en el Artículo 1105, pero el resto de las demandas presentadas por UPS siguen en curso ante el tribunal.

CONSECUENCIAS

Servicios públicos amenazados: UPS alega que como Canada Post ya opera monopólicamente el servicio público de entrega de cartas, no debería permitírsele competir en la oferta de servicios integrados de mensajería y entrega de paquetes. En una época como la actual, donde la prestación pública y comercial de servicios generalmente conviven y se entremezclan, muy pocos servicios públicos estarían exentos de demandas similares a manos de empresas privadas. Por ejemplo, los hospitales públicos reciben ciertos beneficios gubernamentales considerados necesarios para su funcionamiento como prestadores universales de servicios de salud para aquellos que no tienen capacidad adquisitiva para pagarlos, aun cuando presten asimismo servicios abonados para quienes pueden pagarlos o disponen de seguro de salud. Si UPS gana este caso, bien podría ser sólo una cuestión de tiempo que una empresa canadiense o mexicana eleven una demanda semejante contra un servicio público de EE.UU.

De una postura defensiva a una ofensiva: En lugar de plantear un alegato por expropiación asociada a alguna acción específica del gobierno canadiense, parecería que UPS está utilizando las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN como una ofensiva estratégica para asegurarse una cuota

mayor de participación en el mercado canadiense de distribución de paquetes y correos. Al parecer, UPS estaría reclamando que la mismísima existencia de una empresa competidora del sector público como Canada Post, viola sus derechos consagrados en el TLCAN. La empresa además hizo retroactiva su demanda al día en que entró en vigor el TLCAN, el 1 de enero de 1994. Si UPS tiene éxito en sus reclamaciones, seguramente se desencadenarán nuevas demandas de ese tipo contra los servicios gubernamentales, retroactivas al momento en que las empresas obtuvieron esos nuevos derechos de inversión inauditos.

Derechos empresariales vs Derechos laborales: Si UPS triunfa en sus reclamos, el gobierno de Canadá puede verse obligado a reestructurar su sistema de servicios postales, para evitar futuras demandas en su contra en el TLCAN. No obstante, los trabajadores postales –que serían los más directamente afectados por una decisión adversa—no tienen voz en este caso del TLCAN. Si bien es cierto que las empresas no son formalmente “partes” del TLCAN, y que no tienen obligaciones como sí las tienen los gobiernos signatarios del tratado, la verdad es que las disposiciones del Capítulo 11 en materia de disputas ‘inversionista – Estado’, de hecho elevan a la condición de ‘partes’ del tratado a las empresas y otros inversionistas así definidos por el TLCAN –permitiendo entonces la ejecución privada de un tratado público. Sin embargo, los ciudadanos y trabajadores afectados por esas decisiones no gozan de esa condición, viéndose obligados a mendigar ante cada uno de los tribunales del TLCAN la oportunidad de ser escuchados bajo circunstancias muy limitantes, con el agravante que tales peticiones quedan sujetas a la voluntad del tribunal, cuyas decisiones al respecto son inapelables.

III. NUEVAS DEMANDAS DE INTERÉS PÚBLICO AMPARADAS EN EL TLCAN

A continuación se presentan breves resúmenes de demandas recientes amparadas en el TLCAN sobre las cuales sólo se han hecho públicas las “Notificaciones de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje”. Una ‘notificación de intención’ es el aviso oficial con que un inversionista le comunica a un gobierno del TLCAN su intención de elevar un caso ante el CIADI o la CNUDMI, amparado en el Capítulo 11 del TLCAN. A partir de ese momento las Partes cuentan con 90 días para llegar a un acuerdo de conciliación. De lo contrario, cumplido ese plazo el inversionista puede presentar una “Notificación de Arbitraje” ante el CIADI o la CNUDMI. Hasta el momento ninguno de los arbitrajes correspondientes a los casos mencionados a continuación ha comenzado, pero seguramente serán casos que generen controversia en la medida en que avance el proceso.

GANADEROS CANADIENSES POR EL COMERCIO JUSTO vs. ESTADOS UNIDOS: ENFERMEDAD DE LA VACA LOCA

En agosto de 2004, un grupo autodenominado “Ganaderos canadienses por el comercio justo” (Canadian Cattlemen for Fair Trade - CCFT) anunció su decisión de presentar una demanda legal contra los Estados Unidos amparada en el Capítulo 11 del TLCAN, en respuesta a la decisión estadounidense de mayo de 2003 de cerrar la frontera estadounidense-canadiense para la carne vacuna y el ganado en pie, después de detectarse un caso de enfermedad de vaca loca en Alberta, Canadá.²⁸⁸ CCFT es un grupo formado recientemente, integrado por criaderos industriales de ganado de engorde (*feedlot*) canadienses²⁸⁹ que sostienen que su industria ha sufrido pérdidas devastadoras a consecuencia del cierre de fronteras. Los abogados del grupo están buscando activamente más clientes para iniciar una acción amparada en el Capítulo 11 del TLCAN, en la modalidad de juicio colectivo o demanda por acción colectiva.²⁹⁰ CCFT ha presentado más de 100 demandas que según los informes totalizarían US\$ 300 millones, y este monto de indemnización puede incluso aumentar.²⁹¹ En la medida en que la disposición de cierre de frontera está siendo revisada actualmente por el gobierno de los Estados Unidos, estas demandas amparadas en el TLCAN constituyen una iniciativa oportuna para presionar al Departamento de Agricultura de Estados Unidos (USDA, por su sigla en inglés) para que ignore la diferente condición sanitaria de ambos países respecto a la enfermedad y vuelva a abrir las fronteras al comercio de ganado en pie.

EL INTERÉS PÚBLICO

“Desde su ingreso al TLCAN, Estados Unidos ya no tiene derecho a proteger de la contaminación a su industria ganadera nacional”.

Gilles Strockton, Western Organization of Resource Councils²⁹²

En 1986 se identificó una preocupante enfermedad en las vacas lecheras del Reino Unido. Denominada por los científicos Encefalopatía Espongiforme Bovina (EEB) y más tarde apodada “enfermedad de la vaca loca” por la prensa sensacionalista, la enfermedad se caracteriza por una degeneración progresiva del tejido cerebral que produce cambios en la conducta, posturas anormales, dificultades para alzarse o caminar, y finalmente la muerte del animal. Mientras los científicos trabajaban intensamente para identificar las causas de la enfermedad y controlar los factores de riesgo que contribuyen a su propagación, los funcionarios gubernamentales del Reino Unido siguieron afirmando al público que el consumo de carne era seguro. Algunos científicos elaboraron la teoría de que, al igual que una rara enfermedad descubierta entre los isleños de Nueva

Guinea 50 años antes, la causa de la enfermedad podría encontrarse en prácticas de canibalismo. Como medida de precaución para evitar la propagación potencial de la enfermedad, en 1989 los Estados Unidos dejaron de importar carne, ganado y la mayoría de los productos proteínicos para alimentar el ganado proveniente del Reino Unido.²⁹³ A pesar del sacrificio de miles de millones de cabezas de ganado en el Reino Unido para intentar erradicar la enfermedad, se descubrió más tarde que la misma se había transmitido a varios países europeos a través de la importación de ganado en pie y de alimentos para animales contaminados. Si bien la enfermedad se detectó finalmente en 25 países, podría estar presente en muchos otros porque el Reino Unido continuó exportando alimentos potencialmente contaminados a aproximadamente 80 países antes de poner fin a esta práctica a mediados de la década de 1990.²⁹⁴

En 1996, lo que hasta entonces había sido una crisis de salud animal desconcertante, se convirtió en un problema de salud humana explosivo cuando los funcionarios de salud del Reino Unido anunciaron que la EEB había cruzado la barrera de las especies. Los científicos revelaron la existencia de un vínculo entre la EEB y una forma nueva de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob (ECJ) en los seres humanos. Denominada por los científicos como la “nueva variante” de la ECJ (vECJ), se trata de una enfermedad mortal que produce deterioro cerebral, para la cual no existe cura. Hasta la fecha, la enfermedad se ha diagnosticado en aproximadamente 157 personas²⁹⁵, en su mayoría británicos, casi todos fallecidos. Debido al largo período de incubación que caracteriza tanto a la EEB como a la vECJ, todavía se desconoce el costo total de la enfermedad en vidas humanas.²⁹⁶

En 1993 se detectó un único caso de EEB en Canadá, en un animal que había sido importado desde el Reino Unido, según trascendió posteriormente.²⁹⁷ Por este motivo, Canadá no sufrió las graves repercusiones comerciales de largo plazo que se habrían producido si hubiera sido un caso autóctono. El primer caso autóctono de EEB en Canadá, del cual haya informe, se detectó en Alberta el 20 de mayo de 2003. El 29 de mayo de 2003, el USDA, actuando de acuerdo con la política estadounidense de control de enfermedades animales y los procedimientos de las leyes administrativas de aplicación obligatoria, emitió una reglamentación de emergencia que cerró la frontera estadounidense-canadiense a las importaciones de carne y ganado en pie canadienses con retroactividad al 20 de mayo.²⁹⁸ Esta acción fue coherente con las leyes y prácticas comerciales estadounidenses. Desde 1989, los Estados Unidos no ha aceptado ganado en pie ni carne de países en los que se hubiera detectado un caso autóctono de la enfermedad. Por lo tanto, antes ya se habían cerrado las fronteras a las importaciones provenientes de Austria, Finlandia, Grecia e Israel después del descubrimiento de un único caso de EEB en cada uno de esos países.

En agosto de 2003, en una controvertida medida contraria a las prácticas previas del USDA, este Departamento anunció en un comunicado de prensa que levantaría en forma parcial la prohibición sobre cortes sin hueso de carne canadiense de animales con menos de 30 meses de edad.²⁹⁹ La declaración afirmaba además que “aceptaría solicitudes” referidas a otros productos cárnicos derivados de rumiantes prohibidos anteriormente.³⁰⁰ Después de este anuncio, el USDA estaba obligado legalmente a aplicar regulaciones antes de proceder a la apertura de la frontera para estos cortes de carne. El 4 de noviembre de 2003, emitió la reglamentación propuesta que conduciría finalmente a la apertura de la frontera con posterioridad al 5 de febrero de 2004.³⁰¹

Pero antes de finalizar la elaboración de la reglamentación, el USDA comenzó a permitir en forma ilegal el ingreso de ciertos cortes de carne canadiense, incluso de carne que ni siquiera estaba permitida según la política propuesta por el propio USDA. Se estima que ingresaron aproximadamente 33 millones de libras de productos prohibidos en Estados Unidos.³⁰² Esta importación salió a la luz y fue detenida por los productores ganaderos estadounidenses, que presentaron una demanda ante los tribunales y obtuvieron un mandato judicial contra el USDA,

garantizando que la frontera permaneciera cerrada hasta que estuviera lista la reglamentación. Esta apertura ilegal de la frontera desencadenó una investigación administrativa ordenada por el Inspector General del USDA, responsable de garantizar que los empleados del USDA cumplan con las leyes.³⁰³

Según la reglamentación de noviembre de 2003 propuesta por el USDA, el Departamento tenía planes de cambiar sus normas para introducir una nueva categoría de regiones elegibles para exportar carne vacuna a Estados Unidos, denominada como regiones con “riesgo mínimo” de introducir EEB. Curiosamente sólo Canadá calificaba en esta nueva categoría. Otro hecho destacable es que esta categorización contrariaba las categorías internacionales promulgadas por la Oficina de Epizootiología Internacional (Office of International Epizootics - OIE) en París, reconocidas como la normativa comercial internacional en el ámbito de la OMC. Según esta normativa de la OIE, Canadá es una nación de “riesgo moderado”, una categoría de riesgo más alta que la de “riesgo mínimo” y la segunda peor de cinco categorías.³⁰⁴ Estados Unidos, por el contrario, está clasificado como país “libre de EEB”. Los planes del USDA de abrir la frontera y reducir la clasificación de riesgo de Canadá sufrieron un revés apenas dos meses después. En lugar de suponer un riesgo “mínimo” para la industria ganadera de Estados Unidos, por el contrario, Canadá supuso un riesgo importante ya que el primer caso importado del mal de la vaca loca se detectó en Estados Unidos en diciembre de 2003. El origen de la vaca EEB-positiva fue rastreado rápidamente hasta una manada en Alberta, Canadá, pero el daño ya estaba hecho, puesto que 53 naciones cerraron rápidamente sus fronteras a las importaciones de carne vacuna y ganado en pie estadounidenses.

Es importante destacar que ni Estados Unidos ni Canadá hicieron su máximo esfuerzo para evitar la enfermedad de la vaca loca. Los grupos de consumidores han presionado a ambos gobiernos durante años para que eliminen los vacíos legales que favorecen la incubación de la enfermedad, pero los gobiernos se tomaron su tiempo para actuar.³⁰⁵ Y peor aún, incluso después del descubrimiento de una vaca enferma en Estados Unidos, el USDA volvió a emitir el 8 de marzo de 2004 la misma reglamentación para abrir la frontera canadiense.³⁰⁶ Actualmente el USDA tiene planes de abrir la frontera el 7 de marzo de 2005. Mientras tanto, a pesar de que el sistema de pruebas es limitado, aparecieron otras dos vacas enfermas en Canadá en enero de 2005.

EL ATAQUE DEL TLCAN

CCFT presentó su primera demanda amparada en el Capítulo 11 del TLCAN el 12 de agosto de 2004.³⁰⁷ Los demandantes de CCFT alegan que se ha violado el artículo 1102 del TLCAN y que los Estados Unidos discriminan a los productores de ganado de engorde canadienses al proporcionarles un trato menos favorable que el que disfrutaban los ganaderos estadounidenses que poseen ganado canadiense.³⁰⁸ En los escritos, CCFT destaca que los Estados Unidos no ha hecho ningún esfuerzo para reunir o rastrear el ganado canadiense que ya había cruzado la frontera antes del cierre. Lo que no dice la demanda es que actualmente los Estados Unidos no cuenta con un sistema de trazabilidad que le permita realizar esa tarea.³⁰⁹ También alegan que los funcionarios del USDA, al indicar en diversas ocasiones que avanzarían hacia el levantamiento del cierre de fronteras, “prometiéndolo eliminar su prohibición transitoria a la importación de ganado en pie y luego no cumpliendo su compromiso, ya sea con intencionalidad o por negligencia”³¹⁰, han infringido la obligación del gobierno de los Estados Unidos de brindar un nivel mínimo de trato de conformidad con el derecho internacional y el Artículo 1105(1) del TLCAN³¹¹.

Los productores de carne vacuna canadienses, cuya actividad comercial se ha visto indudablemente devastada por el cierre de fronteras, estimaron las pérdidas producidas por el cierre de la frontera en US\$ 2-3 mil millones.³¹² Si bien la demanda inicial fue por US\$ 75 millones, más recientemente se han

presentado más de 100 demandas que suman, según los informes, US\$ 300 millones. El Artículo 1125 del TLCAN permite la unificación de demandas en ciertas circunstancias, y esto es lo que puede pasar en este caso. Estados Unidos hace frente a una serie de escenarios posibles. Podría acceder a abrir la frontera para llegar a un acuerdo. No obstante, si varias decenas de ganaderos participan en la demanda, es posible que no todos acepten los términos de un posible acuerdo y pueden resolver seguir adelante con sus casos en el marco del TLCAN. En ese caso, el país podría encontrarse ante la desagradable situación que aun habiendo accedido a abrir la frontera (exponiendo a los consumidores estadounidenses a un riesgo mayor), deba enfrentar luego la posibilidad de verse obligado a pagar indemnizaciones a los ganaderos canadienses por las pérdidas sufridas durante el tiempo del cierre de frontera.

DESENLACE

La(s) demanda(s) se presentaron hace muy poco tiempo. El arbitraje aún no se ha iniciado.

CONSECUENCIAS

¿Será necesaria una inversión extranjera para presentar una demanda amparada en el TLCAN?: Si se permite a los ganaderos canadienses avanzar con sus casos, se descartará un principio esencial del capítulo de inversiones de TLCAN. El Capítulo 11 del TLCAN ya no tendrá la pretensión de ser un conjunto de medidas de protección al inversionista en un clima de inversión discriminatorio e inestable. Por el contrario, el Capítulo 11 quedará develado como una máquina de desregulación eficiente y apropiada para hacer trizas las leyes y reglamentaciones que protegen la salud pública y el medioambiente. Si bien el gobierno estadounidense ha argumentado que los ganaderos no tienen fundamentos para una demanda porque no poseen "inversiones" en los Estados Unidos,³¹³ existen formulaciones en el texto del TLCAN que contradicen esa posición. La sección de definiciones del TLCAN (Artículo 1139) define a un "inversionista de una Parte" como "una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión", punto. No dice "que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión *en el territorio de la otra Parte*", como sí lo establecen otros tratados de libre comercio posteriores (como el TLCAC), una omisión con un costo potencialmente altísimo. Los demandantes amparados en el TLCAN no afirman que tienen propiedades o negocios reales en Estados Unidos, sino que afirman que han hecho "inversiones importantes para competir y beneficiarse de su participación en la industria ganadera norteamericana" y por lo tanto califican como inversionistas.³¹⁴ Además, teniendo en cuenta que las decisiones recientes del panel del TLCAN sugieren que tanto "el acceso al mercado" como la "cuota de mercado" podrían ser consideradas inversiones legítimas en el marco del TLCAN, el gobierno de Estados Unidos tiene razones para estar preocupado por este caso tan inusual presentado al amparo del TLCAN.³¹⁵

Un procedimiento administrativo, democrático no es una barrera comercial, es la ley: Los ganaderos canadienses alegan que el USDA, al dar largas al problema, está trabajando a favor de los ganaderos estadounidenses proteccionistas. Sin embargo, lejos de estar "atrapado" por los productores proteccionistas, se ha difundido ampliamente que el USDA está dominado principalmente por partidarios incondicionales del libre comercio, desde la dirección de esa dependencia para abajo.³¹⁶ La administración Bush ha contratado muchos integrantes de los grupos de presión de la industria ganadera en puestos clave dentro del USDA. Tanto la Asociación Nacional de Productores de Carne Vacuna (National Cattlemen's Beef Association), dominada por la industria frigorífica que prefiere la carne vacuna canadiense barata, como el USDA, vehemente defensor del libre comercio, querían la apertura de la frontera y la rápida solución del problema. Afortunadamente, las leyes de los Estados Unidos impiden que los funcionarios del USDA actúen simplemente según sus propias inclinaciones. El USDA está obligado a cumplir con su propia

reglamentación, que prohíbe la importación de rumiantes vivos y algunos productos derivados de éstos desde regiones en las que se sabe que existe EEB³¹⁷ y que exige además que antes de eliminar a cualquier país de la lista de países desde los cuales está prohibido importar estos productos, se actúe con transparencia, informando a la opinión pública y creando oportunidades para recibir comentarios al respecto.³¹⁸ Al parecer, los demandantes que se han amparado en el TLCAN están asombrados y ofendidos porque el gobierno de los Estados Unidos “eligió” utilizar un “tedioso” proceso de elaboración de reglamentaciones, al que califican de “innecesario” y como una “barrera comercial potente y eficaz”,³¹⁹ cuando en realidad es un requisito obligatorio. Están asombrados además de que Estados Unidos haya establecido una pausa de cuatro meses para reconsiderar sus planes de abrir la frontera, después del descubrimiento de la EEB en su territorio. En vez de ver esta demora como una respuesta razonable a una situación que ha sufrido cambios importantes (con consecuencias graves para la salud pública y consecuencias potencialmente catastróficas para la industria ganadera estadounidense), argumentan que el USDA “eligió mantener una política reglamentaria basada en una política proteccionista más que en hechos científicos”.³²⁰ Condenan la acción legal interpuesta por productores estadounidenses para mantener el cierre de frontera, cuando de hecho este grupo de productores solo recurrió a la justicia para obligar al USDA a regirse por las leyes y la normativa estadounidense y a mantener la frontera cerrada hasta finalizar la elaboración de la reglamentación. No asignan valor alguno al hecho de que ningún otro país abrió sus fronteras para dejar pasar el ganado en pie proveniente de Canadá. Aunque resulte un pobre consuelo para los ganaderos canadienses cuyos negocios se han visto indudablemente devastados, antes de abrir una frontera que cerró debido a una enfermedad animal, el gobierno estadounidense está obligado a aplicar un proceso reglamentario deliberado y abierto de acuerdo a lo que marca la normativa del país. Los ganaderos deberían considerar la posibilidad de demandar a su propio gobierno por las leyes poco exigentes que permitieron la difusión de la enfermedad, y no a los contribuyentes estadounidenses.

Demanda presentada al amparo del TLCAN, plagada de errores: La demanda de los ganaderos canadienses se basa en la premisa que Estados Unidos actúa de manera proteccionista y no con “criterios científicos sólidos”. Pero la presentación de estas demandas está plagada de errores y realmente revela muy poca comprensión de los criterios científicos que respaldan las medidas relacionadas con la EEB adoptadas por ambos gobiernos. En primer lugar, los ganaderos canadienses ignoran el hecho de que Estados Unidos recibe sólo el 2% de su ganado en pie de Canadá, lo que dista mucho de la “industria ganadera norteamericana totalmente integrada” que según afirman se ha visto afectada.³²¹ En segundo lugar, al mismo tiempo que citan informes de la OIE que respaldan a los Estados Unidos y Canadá por su manejo de las investigaciones epidemiológicas, ignoran totalmente el hecho que ambos países tienen calificaciones de EEB muy diferentes según las reglamentaciones internacionales promulgadas por OIE. Estados Unidos todavía está clasificado como país “libre de EEB” según las reglamentaciones del OIE, mientras que Canadá es considerado país “de riesgo moderado”, la segunda peor de cinco categorías. Hace mucho tiempo que los dos países tienen la política de importar carne vacuna y ganado en pie *solamente* de países “libres de EEB”.³²² En tercer lugar, CCFT afirma en reiteradas ocasiones que las medidas administrativas del USDA fueron “arbitrarias” y castigaron a los ganaderos canadienses “por el sólo hecho de su ubicación respecto de la frontera EE.UU.-Canadá que es científicamente artificial”.³²³ Alegan que el riesgo de infección de EEB sigue siendo bajo “y que la frontera no tiene nada que ver en esto”,³²⁴ cuando la verdad es que Estados Unidos ha logrado impedir la importación de EEB durante años *debido a* los estrictos controles de frontera que se aplicaron por primera vez en 1989. En cuarto lugar, CCFT alega que el USDA “no tenía una razón válida para hacer distinciones entre carne vacuna procesada y ganado en pie”³²⁵ cuando propuso la apertura de fronteras en noviembre de 2003, aunque es evidente que resulta más fácil para los Estados Unidos inspeccionar la entrada de carne y limitar las importaciones de cortes de bajo riesgo que instrumentar un sistema de trazabilidad que no existe actualmente, que le permita conservar un

registro del ganado en pie canadiense durante años hasta su sacrificio. Por último, CCFT afirma que la vaca EEB-positiva estadounidense logró introducirse en la cadena alimenticia y que la vaca canadiense no lo hizo, cuando bien podría ser exactamente al revés. El gobierno estadounidense afirma que si bien la vaca estadounidense fue enviada a una fábrica de grasas animales, se logró detener la distribución de toda la carne y harina de hueso derivados de la misma.³²⁶ Sin embargo, la Canadian Broadcast Corporation reveló recientemente a través de una solicitud realizada al amparo de la ley de Libertad de Información, que la vaca canadiense fue enviada a una fábrica de grasas animales y convertida en alimento para aves de corral, que posteriormente fue utilizado por los productores como alimento para su ganado vacuno.³²⁷ En resumen, CCFT reclama que Estados Unidos se aparte radicalmente de normas fundamentales de inocuidad de los alimentos y cambie sus prácticas comerciales de larga data, exclusivamente en virtud de la amenaza de una demanda que podría ascender a US\$ 300 millones o más.

GLAMIS GOLD vs ESTADOS UNIDOS: MINERÍA Y CULTURA

"El Capítulo 11 castiga a los estados por hacer lo correcto. Los esfuerzos de estados como California que elaboran reglamentaciones avanzadas de protección del medioambiente, la salud humana o las comunidades locales son socavados por los inversionistas extranjeros que impugnan normas que son necesarias para evitar daños graves".³²⁸

David Waskow, Amigos de la Tierra EE.UU.

Glamis Gold, Ltd. ("Glamis") es una empresa canadiense con sede en Vancouver dedicada a la exploración, desarrollo y extracción de metales preciosos en América del Norte y América Central.³²⁹ Según la Ley de Minería de Estados Unidos de 1872, sólo los ciudadanos estadounidenses pueden efectuar actividades de minería en tierras fiscales.³³⁰ Por lo tanto, Glamis Gold, Ltd. creó dos subsidiarias, Glamis Gold, Inc. y Glamis Imperial, para actuar como ciudadanos corporativos en representación suya.³³¹ Utilizando sus filiales estadounidenses, Glamis puede adquirir derechos de minería sin costo alguno en tierras fiscales estadounidenses y puede luego realizar operaciones mineras con fines de lucro en esas tierras sin pagar regalías al gobierno de los Estados Unidos ni a ningún otro gobierno, en virtud de la Ley de Minería de 1872.³³² En 1994, Glamis adquirió el 100% de la propiedad de los intereses mineros y las plantas de trituración en California de un consorcio empresarial llamado Proyecto Imperial, compuesto por 187 concesiones mineras y 277 plantas de trituración que abarcan 1.500 acres de tierras públicas federales³³³ administradas por la Oficina de Administración de Tierras (Bureau of Land Management - BLM) del Departamento del Interior de EE.UU.³³⁴ Glamis afirma que sus derechos en el Proyecto Imperial la habilitan a utilizar esas tierras con fines de prospección, exploración y extracción de minerales valiosos.³³⁵ Así concebido, el Proyecto Imperial es una enorme mina de oro a cielo abierto por lixiviación con cianuro.³³⁶ Requeriría extraer, procesar o almacenar aproximadamente 422 toneladas de roca por cada onza de oro producida.³³⁷ Se destruirían aproximadamente 88 acres de bosques y se consumirían anualmente 89 millones de galones de las aguas subterráneas del acuífero del desierto.³³⁸

EL INTERÉS PÚBLICO

El Proyecto Imperial está ubicado en un Área de Conservación del Desierto de California³³⁹ en la proximidad de territorios indígenas, que incluyen sitios sagrados y ancestrales de la nación indígena Quechan.³⁴⁰ La tribu Quechan es la tribu sedentaria más grande de California, con aproximadamente 3.000 integrantes que residen en 45.000 acres de tierra.³⁴¹ Allí practican su

religión, y los senderos sagrados que usan para los ritos religiosos cruzan el área que ocuparía el Proyecto Imperial.³⁴²

BLM debió preparar y ejecutar un plan integral a largo plazo para el manejo, uso, desarrollo y protección de las tierras públicas correspondientes a la porción de área de conservación de su jurisdicción. Para poder obtener la autorización para comenzar con las operaciones mineras, en 1994 Glamis presentó un "plan de operaciones" ante la BLM y el condado Imperial, que según la empresa incluía propuestas de relleno y recuperación para restaurar el suelo.³⁴³ Después de preparar declaraciones e informes de impacto ambiental en 1996 y 1997, BLM finalmente aprobó el proyecto.³⁴⁴ Pero en 1999, el Consejo Asesor de Preservación Histórica (Advisory Council on Historic Preservation) federal recomendó que el Departamento del Interior rechazara la aprobación del proyecto debido a que el mismo implicaría la "degradación grave e irreparable" de un área sagrada e histórica para la tribu Quechan".³⁴⁵

La minería a cielo abierto con cianuro es sumamente riesgosa y costosa. Implica la excavación de grandes pozos en el suelo o el derribamiento de laderas montañosas para extraer partículas microscópicas de oro. Esas partículas se separan después de la tierra saturándolas con cianuro, un proceso que podría contaminar los escasos recursos hídricos de la región. La minería a cielo abierto con cianuro es tan destructiva que el estado de Montana la prohibió en 1998 y otros estados también han intentado hacerlo. En San Ignacio, Honduras, la compañía subsidiaria de Glamis, *Minerales Entre Mares*, explota una mina a cielo abierto con cianuro desde 1999.³⁴⁶ Los habitantes locales sostienen que las actividades mineras de *Minerales Entre Mares* han devastado los bosques y agotado los recursos hídricos. En octubre de 2002, 700 habitantes de San Ignacio protestaron contra las actividades de minería a cielo abierto de Glamis y el impacto destructivo que ha tenido sobre su comunidad.³⁴⁷

En este contexto, el Procurador del Departamento del Interior de la Administración Clinton al dar su opinión legal sobre el Proyecto, concluye que si un proyecto tuviera como resultado un "daño indebido", el mismo podría ser denegado en virtud de la normativa de la BLM.³⁴⁸ Después de emitida esta opinión, la BLM revirtió sus conclusiones anteriores y recomendó que el Departamento del Interior rechazara el plan de operaciones del Proyecto Imperial, no sólo por el impacto que produciría sobre la nación indígena Quechan, sino también debido a su impacto ambiental negativo.³⁴⁹ El 17 de enero de 2001, después de seis años de estudios, el Departamento del Interior rechazó formalmente el proyecto con base a que el mismo estaba dentro de un sendero espiritual nativo estadounidense de 130 millas de longitud y que las actividades de minería propuestas afectarían la capacidad de los nativos estadounidenses de transitar por ese sendero.³⁵⁰

En 2001 llegó al gobierno el Presidente Bush y cambiaron las autoridades del Departamento del Interior. Después de unos pocos meses de deliberaciones, el nuevo Procurador del Interior anuló la opinión legal del Procurador anterior y su negativa al Proyecto Imperial.³⁵¹ La opinión del Procurador se basó en su conclusión de que "el Secretario [del Interior] no está autorizado a evitar la degradación producida por actividades de minería que sean necesarias y adecuadas".³⁵²

En respuesta al súbito cambio de la posición del gobierno federal, la Oficina de Minería y Geología del Estado de California (California State Mining and Geology Board - CMGB) aprobó en 2002 una reglamentación de emergencia que exigía el relleno de todas las futuras minas a cielo abierto del estado, hasta alcanzar el nivel de los contornos originales del suelo anteriores al inicio de las actividades mineras.³⁵³ La reglamentación de emergencia también exigió que todo el material extraído no utilizado para rellenar el pozo fuera dispuesto de tal forma que ningún material quedara ubicado a una altura mayor a 25 pies por sobre la topografía original.³⁵⁴ En 2003, el entonces Gobernador de California Gray Davis incluyó esta reglamentación de emergencia en el Proyecto de

ley del Senado N° 22, con la salvedad de que esos requisitos se limitarían a los proyectos ubicados a una distancia de una milla o menos de un sitio sagrado para los nativos estadounidenses.³⁵⁵ Después de la aprobación del proyecto de ley, la CMGB adoptó como definitivas las normativas de emergencia y las mismas se hicieron aplicables a todos los proyectos pendientes al 12 de diciembre de 2002.

EL ATAQUE DEL TLCAN

En vez de presentar una demanda contra la normativa minera de California ante los juzgados nacionales de EE.UU., el 9 de diciembre de 2003 Glamis Gold Ltd. presentó ante la CNUDMI una Notificación de Arbitraje de un caso inversionista-Estado amparado en el TLCAN, utilizando las protecciones otorgadas por el Capítulo 11 del TLCAN al inversionista extranjero, para impugnar la ley de minería de California y la decisión anterior del Departamento del Interior.³⁵⁶ Específicamente, Glamis alega que no recibió el nivel mínimo de trato exigido por el Artículo 1105 del TLCAN porque el Departamento del Interior de Estados Unidos no aprobó oportunamente el plan de operaciones de la compañía, y en forma irrazonable y arbitraria demoró sus operaciones mineras.³⁵⁷ Glamis también argumenta que la reglamentación de California elevó el costo de sus operaciones hasta tornarlas antieconómicas, "expropiando" de esa forma la inversión en violación del Artículo 1110.³⁵⁸ Glamis exige una indemnización de US\$ 50 millones.

CONSECUENCIAS

Primer caso conforme al Capítulo 11 que involucra los derechos y la cultura indígenas: Es el primer caso presentado al amparo del TLCAN en el que una ley estadual que apunta en parte a proteger los intereses culturales de los pueblos indígenas ha sido impugnada como una violación del TLCAN. Al firmar el proyecto de ley de minería para convertirlo en ley, el Gobernador de California Gray Davis declaró que "esta medida envía un mensaje de que los sitios sagrados de California son más valiosos que el oro".³⁵⁹ Para el gobernador la mina propuesta dañaría en forma irreparable el sendero espiritual de los Quechan, llamado el "Sendero de los sueños". Si Glamis triunfa en este caso y California se ve obligada a revocar o modificar su nueva legislación de minería, se sentaría un precedente que podría dejar sitios culturales, religiosos e históricos a merced de los ataques de las empresas amparadas en el Capítulo 11 del TLCAN en su sed de ganancias. Ninguna disposición del TLCAN establece excepciones que protejan los tesoros culturales, religiosos o históricos.

Glamis saca provecho de una definición amplia de "inversión": Glamis afirma que si se la obliga a cumplir con el requisito de relleno, su futura operación de minería a cielo abierto podría resultar económicamente inviable. Esta empresa no tiene actividad comercial establecida (una empresa en funcionamiento en el sitio del Proyecto Imperial), sólo tiene derechos de minería y un plan de operaciones. Sin embargo, los laudos en casos inversionista-Estado del TLCAN anteriores sugieren que esto podría ser suficiente para que el tribunal de Glamis concluya que existe una inversión protegida al amparo del TLCAN. Por ejemplo, en el caso de S.D. Myers, la compañía reclamó exitosamente una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por una prohibición transitoria a las importaciones de PCB, aun sin tener un negocio establecido y estando cuestionada la legalidad de su actividad comercial.

El TLCAN proporciona mayores derechos a los inversionistas extranjeros que la Ley de propiedad de los Estados Unidos: Glamis utilizó el sistema inversionista-Estado del TLCAN para evitar presentar su demanda por regulación expropiatoria ante un tribunal estadounidense, que se mostraría muy escéptico ante este tipo de demanda y exigiría que la compañía demuestre que casi el 100% del valor de la propiedad ha sido destruido y que no existe otro uso económicamente viable

de la propiedad. Sin embargo, en el marco del TLCAN, algunos tribunales han sostenido que un impacto "significativo" o "sustancial" sobre el valor de una propiedad puede ser suficiente para configurar una expropiación –otorgándole así a los inversionistas extranjeros mayores derechos que los que tienen los ciudadanos o empresas estadounidenses en virtud de la Constitución del país, según la interpreta la Suprema Corte de los Estados Unidos.³⁶⁰ El Representante de Comercio estadounidense no ha resuelto este problema en el TLCAC ni en otros tratados de libre comercio posteriores a la aprobación de la "vía rápida", a pesar de las instrucciones impartidas en ese sentido por el Congreso.

Dependiendo del gobierno federal para la defensa de una política a la cual se opone: En este caso, tanto la parte demandante como la demandada comparten el mismo punto de vista que refleja una indiferencia por la conservación cultural y ambiental. La administración Bush ha indicado en forma clara a través de las acciones del Procurador General que no está de acuerdo con la resolución de la administración anterior de rechazar el Proyecto Imperial. Por lo tanto, la administración Bush, que es quien en forma exclusiva tiene la potestad para contestar la demanda de Glamis (supuestamente en representación de los intereses de los ciudadanos estadounidenses) *está de acuerdo* con el plan de Glamis que destruye el medioambiente y amenaza los sitios religiosos de la tribu indígena. Pero como el sistema inversionista-Estado del TLCAN no concede a la opinión pública un papel en los procedimientos, ni garantiza la representación del estado (en este caso California) cuya ley también está siendo impugnada, no habrá quien transmita en el curso del proceso de arbitraje la posición de la tribu Quechan y sus preocupaciones culturales y ambientales.

Se erosiona la potestad de los tribunales nacionales para interpretar las leyes: Este caso también demuestra el atolladero que se produce cuando se faculta a un tribunal del TLCAN para interpretar una ley nacional antes de que el propio sistema judicial nacional haya tenido la posibilidad de hacerlo. La cuestión fundamental de la demanda referida a la decisión del Departamento del Interior radica en si la Ley de minería de Estados Unidos permite al gobierno federal rechazar un proyecto en base a sus impactos culturales y/o ambientales. En vez de dilucidar esta cuestión en el sistema judicial estadounidense, el mecanismo inversionista-Estado del Capítulo 11 del TLCAN habilita a que una parte económicamente interesada, Glamis, eluda el proceso normal y eleve su demanda por fuera del sistema de tribunales nacionales, que es el más capacitado para comprender la historia y las complejidades del problema en cuestión. Este sistema paralelo creado por el Capítulo 11 del TLCAN contradice un principio de larga tradición –que el Congreso de Estados Unidos crea las leyes y los tribunales de Estados Unidos las interpretan—permitiendo a un tribunal privado interpretar las leyes estadounidenses antes de que un tribunal nacional haya tenido la posibilidad de hacerlo.

THUNDERBIRD GAMING vs MÉXICO: JUEGOS DE AZAR

International Thunderbird Gaming Corporation, (“Thunderbird”) es una empresa canadiense con una oficina comercial en San Diego, EE.UU., dedicada a operaciones de juegos de azar y entretenimientos en América Latina.³⁶¹ Declara activos por un valor de casi US\$ 17 millones.³⁶² En la década de 1990, Thunderbird participó en operaciones de juegos de azar en reservas indígenas en California.³⁶³ Desde entonces la empresa ha trasladado su centro de interés a América Latina y ahora posee y opera establecimientos de juegos de azar en Panamá, Venezuela, Guatemala y Nicaragua.³⁶⁴ Entre 2000 y 2001, Thunderbird estableció tres establecimientos de juegos de azar en México, que son el objeto de esta controversia.³⁶⁵

EL INTERÉS PÚBLICO

Los casinos son ilegales en México desde 1934,³⁶⁶ y en 1947 el gobierno mexicano prohibió todo tipo de apuestas y juegos de azar.³⁶⁷ Esta decisión se basó en una política pública y en reconocimiento al hecho que los juegos de azar y las apuestas estaban frecuentemente vinculadas al delito. Actualmente, los opositores a los intentos de permitir los juegos de azar y las apuestas resaltan los altos niveles de pobreza en México y la tendencia de los juegos de azar a exacerbar los problemas asociados con la pobreza.³⁶⁸

En agosto de 2000, Thunderbird solicitó a la *Gobernación* (el Ministerio del Interior mexicano que tiene bajo su cargo los juegos de azar) permiso para operar en México varias “máquinas de habilidad y destreza”, mecanismos muy similares a las máquinas tragamonedas. En la solicitud Thunderbird se refiere a sus máquinas como “juegos de habilidad y destreza” que otorgan premios en base a la destreza y “de ninguna manera como resultado del azar”.³⁶⁹ Sin embargo, la distinción entre máquinas de habilidad y destreza y máquinas tragamonedas no es tan clara como la presenta Thunderbird. Muchos estados de EE.UU. definen los juegos que incorporan un elemento de destreza como dispositivos de juegos de azar y muy probablemente los juegos de Thunderbird serían considerados como juegos de azar en Estados Unidos.³⁷⁰

En respuesta a la petición, la Gobernación emitió una carta declarando que no tendría autoridad para prohibir el uso de esas máquinas si las mismas fueran efectivamente máquinas de habilidad y destreza.³⁷¹ No obstante, la carta deja en claro que las máquinas no serían permitidas en caso que el principal factor de su funcionamiento fuera la suerte o el juego de azar.

Thunderbird procedió a instalar establecimientos de juegos de azar en tres ciudades mexicanas: Nuevo Laredo, Matamoros y Reynosa.³⁷² Poco tiempo después se produjo un cambio en la composición del gobierno federal y se designó un nuevo director para juegos de azar.³⁷³ La Gobernación, liderada ahora por el nuevo director, efectuó una visita al sitio además de una audiencia administrativa y determinó que los juegos de Thunderbird no se basaban en la habilidad y la destreza sino que eran, según palabras de un funcionario, “tragamonedas”.³⁷⁴ La Gobernación decidió que los establecimientos de juegos de azar infringían las leyes mexicanas que prohíben estos juegos y ordenó el cierre de los establecimientos.

EL ATAQUE DEL TLCAN

El 1º de agosto de 2002, Thunderbird presentó ante la CNUDMI una demanda inversionista-Estado amparada en el TLCAN, reclamando daños y perjuicios superiores a US\$ 100 millones por supuestas violaciones a las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN.³⁷⁵ Específicamente, la compañía argumentó que México ha permitido que los competidores de Thunderbird continúen sus operaciones de juegos de azar al mismo tiempo que ordenó el cierre de Thunderbird, violando de esa manera las disposiciones de trato nacional y de nación más favorecida del Capítulo 11 (Artículos 1102 y 1103).³⁷⁶ Para sustentar su reclamo de supuesta violación del Artículo 1105, Thunderbird cita la “manera arbitraria y poco transparente” en que cree haber sido tratada por el gobierno mexicano.³⁷⁷ Afirma además que no recibió un trato justo y equitativo y que dicho trato no se ajustó a la norma de “protección y seguridad plenas” establecida por el TLCAN.³⁷⁸ Por último, Thunderbird argumenta que el cierre de sus establecimientos “equivale a una expropiación” de sus inversiones que, sin indemnización, infringe el Artículo 1110 del TLCAN.³⁷⁹

CONSECUENCIAS

¿Indemnización por una actividad ilegal?: Thunderbird reclama indemnización por sus intentos fallidos de realizar actividades prohibidas desde hace tiempo por las leyes mexicanas. Si Thunderbird tiene éxito en su demanda y consiguen que le paguen indemnización, habrá logrado echar por tierra efectivamente una política pública con más de medio siglo de existencia y se beneficiará de actividades ilegales de juegos de azar. Además, la determinación sobre si los juegos de Thunderbird están o no incluidos en las leyes mexicanas contra los juegos de azar, y si esos juegos se deben prohibir, es una decisión que tiene que tomar el gobierno mexicano y no un tribunal privado del TLCAN. Si Thunderbird es indemnizado simplemente porque el gobierno no está dispuesto a permitirle desarrollar una actividad ilegal, se abrirá la puerta para todo un abanico de demandas inversionista-Estado amparadas en el TLCAN cada vez que se le ordene a una empresa extranjera no realizar actividades consideradas ilegales por las leyes nacionales.

El TLCAN desalienta la actividad regulatoria: Thunderbird sostiene su demanda argumentando que confió en el tenor moderado y blando de la carta del gobierno mexicano –que no prohibió específicamente las máquinas de habilidad y destreza—como señal de autorización para sus operaciones comerciales. La empresa protesta contra el cambio de política aplicado por un nuevo jerarca administrativo que hizo un viaje especial para examinar en persona su funcionamiento. Hay una cantidad cada vez mayor de casos amparados en el TLCAN –entre ellos el caso del aditivo MTBE para gasolinas en California, el de minería de Glamis, el de los alimentos de cáñamo de Kenex, y otros—que involucran a empresas que exigen el pago de indemnización por daños y perjuicios ocasionados supuestamente por un cambio de política normativa. Ya sea porque surgen nuevos datos e información, por cambios de los valores o simplemente por las preferencias diferentes de un nuevo gobierno electo, los cambios en las políticas son un componente inevitable y saludable de cualquier democracia. Este importante derecho gubernamental podría verse afectado si se consagra el derecho de las empresas a reclamar daños y perjuicios por cualquier cambio de política. Esos cambios de política gubernamental eran computados y considerados como parte del riesgo y costo que supone hacer negocios, hasta que el Capítulo 11 del TLCAN estableció los mecanismos inversionista-Estado para impugnar tales cambios. Ahora esa actividad normal es argumento suficiente para reclamar montos de indemnización en ciertas ocasiones extraordinarios, convirtiendo a los gobiernos en rehenes de políticas anteriores e intentando cimentar un *statu quo* normativo ante la posibilidad de cambios de política favorables al consumidor y el interés público.

IV. OTROS CASOS Y DEMANDAS AMPARADOS EN EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

A continuación se presentan resúmenes breves de casos y demandas del TLCAN destacables.

Karpa (Feldman) vs México: impuestos a la exportación de cigarrillos

Un propietario estadounidense de la empresa mexicana Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. (CEMSA) presentó una demanda inversionista-Estado amparada en el Capítulo 11 del TLCAN el 7 de abril de 1999, alegando que México no le dedujo a su empresa los impuestos a la exportación de cigarrillos entre 1992 y 1997, y que eso equivalía a una "expropiación sigilosa" de su inversión.³⁸⁰ Marvin Roy Feldman Karpa declaró que las acciones de México estaban dirigidas específicamente contra CEMSA y apuntaban a cerrar su negocio de exportación de cigarrillos y otorgar así a los productores [mexicanos] el monopolio de las exportaciones.³⁸¹ Karpa sostuvo que la legislación mexicana le daba derecho a su empresa a dichas deducciones, y que la negativa de México a efectivizarlas equivale a una expropiación que infringe los artículos 1105 y 1110 del TLCAN.³⁸² Karpa elevó su demanda al amparo del TLCAN ante un tribunal del CIADI, exigiendo una indemnización US\$ 50 millones por daños y perjuicios.³⁸³

El 16 de diciembre de 2002 el tribunal falló contra Karpa en la demanda por expropiación amparada en el Artículo 1110, pero a su favor en la demanda de trato nacional amparada en el artículo 1102. El tribunal determinó que si bien la empresa de Karpa había resultado perjudicada porque ya no participaba en la exportación de cigarrillos, la empresa seguía funcionando y en consecuencia no había habido una expropiación.³⁸⁴ Sin embargo, en referencia a la demanda de trato nacional, el tribunal determinó que de hecho México no había otorgado a Karpa el mismo trato que a otros inversionistas en circunstancias "similares".³⁸⁵ Además, el tribunal destacó la omisión del demandado, el gobierno de México, de presentar pruebas en defensa de las acciones que supuestamente habían violado los requisitos de trato nacional.³⁸⁶ La omisión de México en presentar pruebas que contradijeran los hechos presentados en la demanda de Karpa, tuvo gran influencia sobre el tribunal. Aduciendo que no podía revelar información comercial confidencial, México no presentó evidencia que demostrara que el trato dado a Karpa había sido conforme a las disposiciones sobre trato nacional, ni tampoco pruebas que explicaran la disparidad en el trato.³⁸⁷ En consecuencia, el fallo del tribunal le otorgó a Karpa una indemnización por daños y perjuicios de US\$ 2 millones.³⁸⁸ México solicitó la revisión del laudo ante la Corte Superior de Justicia de Ontario para anular algunas partes del laudo arbitral.³⁸⁹ El gobierno mexicano tuvo esa posibilidad porque el caso se había radicado legalmente en Canadá. El 3 de diciembre de 2003 el juez desestimó la petición de México.³⁹⁰ México apeló la sentencia ante el Tribunal de Apelaciones de Ontario, que también la desestimó haciendo referencia al alto grado de deferencia que otorga la legislación canadiense a los laudos arbitrales.³⁹¹

Waste Management vs México: contrato de eliminación de residuos municipales

Waste Management, Inc., el gigante privado de eliminación de residuos con sede en Houston, Texas, presentó inicialmente su demanda inversionista-Estado amparada en el TLCAN el 29 de septiembre del 1998.³⁹² El caso fue desestimado por un panel del CIADI el 2 de junio de 2000, sobre la base de que la empresa no había renunciado debidamente a su derecho de presentar el caso ante el sistema judicial mexicano. Según las reglas del TLCAN, un demandante no puede en general presentar una demanda simultáneamente en dos jurisdicciones, y ACAVERDE, S.A., subsidiaria de Waste Management en México estaba litigando al mismo tiempo el mismo caso ante un tribunal mexicano. Al fracasar en el sistema judicial nacional, trató que se le indemnizara por las mismas causas en un tribunal del TLCAN.

Waste Management volvió a presentar su caso ante el CIADI el 18 de septiembre de 2000.³⁹³ La demanda amparada en el TLCAN surge de un contrato de concesión entre la municipalidad de Acapulco en el estado de Guerrero y Acaverde, una subsidiaria enteramente de propiedad de Waste Management.³⁹⁴ Según el contrato de concesión de 1995, Acaverde recibió los derechos exclusivos para prestar servicios de eliminación de residuos y limpieza de calles de la Municipalidad de Acapulco.³⁹⁵ Para cumplir con los pagos mensuales establecidos en el contrato de concesión, la municipalidad de Acapulco recibió una línea de crédito del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (“Banobras”), un banco mexicano parcialmente de propiedad del gobierno federal.³⁹⁶ Las Partes del contrato para la línea de crédito eran el estado de Guerrero, la municipalidad de Acapulco y el banco. Acaverde alega que la municipalidad de Acapulco nunca efectuó los pagos mensuales acordados en el contrato de concesión, que concedió ilegalmente a otras empresas y personas individuales derechos que se superponían con los derechos de Acaverde, y que no aseguró financiación adicional para proyectos adicionales que Acaverde consideraba necesarios para cumplir con el contrato de concesión.³⁹⁷ Acaverde argumentó que México —por intermedio de la municipalidad de Acapulco, el estado de Guerrero, *Banobras* y la falta de respuesta del sistema judicial—le había denegado a Waste Management el nivel mínimo de trato, infringiendo el Artículo 1105 del TLCAN. Waste Management argumentó además que el hecho que México no le hubiese pagado indemnización constituía una expropiación que violaba el Artículo 1110.

En respuesta, México presentó un Memorial sobre Jurisdicción, sosteniendo que Waste Management estaba impedida de volver a presentar la demanda porque el Capítulo 11 no prevé la posibilidad de volver a presentar demandas y que además, el reinicio de la demanda debía ser denegado de conformidad con la doctrina de *res judicata* (“cosa juzgada”). El tribunal decidió que el Capítulo 11 no impide en forma expresa la posibilidad de volver a presentar una demanda defectuosa.³⁹⁸ Ante la falta de formulaciones al respecto en el Capítulo 11, el tribunal determinó, basándose en el derecho internacional, que “si la deficiencia de competencia puede corregirse, no existe, en principio, objeción alguna para que el Estado contendiente reinicie su acción”.³⁹⁹ El tribunal evaluó entonces la validez del argumento presentado por México respecto a que la nueva demanda debía ser rechazada conforme a la doctrina legal de *res judicata*, que significa que un demandante no puede efectuar una segunda demanda contra la misma Parte con relación al mismo conjunto de circunstancias una vez que ya ha habido un pronunciamiento sobre la primera demanda. El propósito de esta doctrina es evitar que las Partes “muerdan dos veces de la misma manzana” una vez que han tenido la posibilidad de litigar un caso y el caso ha sido resuelto. El tribunal determinó que aun siendo un principio importante, *res judicata* realmente no es aplicable en este caso porque el primer panel no decidió sobre los méritos del caso, sino que simplemente se expidió sobre su competencia para laudar en el caso.⁴⁰⁰ Por lo tanto, todavía no se había emitido sentencia alguna sobre las demandas del caso original y no había ningún impedimento para reiniciar la demanda.

El 30 de abril de 2004 se emitió un fallo en este litigio inversionista-Estado que presentó Waste Management al amparo del TLCAN. El tribunal determinó que ninguno de los tres organismos gubernamentales que actuaron en representación de México había incumplido con la disposición de otorgar a la parte demandante el nivel mínimo de trato conforme a las disposiciones del Artículo 1105 del TLCAN.⁴⁰¹ Además, determinó que Banobras no incumplió su obligación de brindarle un nivel mínimo de trato a la parte demandante, en virtud de que Banobras no era parte integrante del contrato de concesión y por lo tanto no estaba obligado a prestarle dinero a la parte demandante.⁴⁰² En consecuencia, la negativa a dar crédito o la negativa a un aumento del crédito no podía interpretarse como trato injusto. En forma similar, el estado de Guerrero no infringió las disposiciones del Capítulo 11 porque no era parte del contrato ni garante del mismo. El tribunal se centró en la conducta de la municipalidad de Acapulco y reconoció que dicho organismo incumplió varios aspectos de sus obligaciones contractuales. Pero el panel también estableció que la

municipalidad hizo esfuerzos serios por cumplir con el contrato y se vio perjudicada por factores tales como la falta de voluntad de los habitantes del Municipio para pagar un cargo extra por los servicios de eliminación de residuos, la crisis del peso mexicano, y la fragilidad del plan comercial de Acaverde y la “mano dura” con que trataba a sus clientes.⁴⁰³ Además el tribunal destacó que en contraste a algunos tratados bilaterales de inversión, el TLCAN no contiene una “cláusula de protección general” ni la obligación específica del gobierno de cumplir con sus compromisos contractuales. El tribunal estableció que: “baste con decir que ni siquiera el incumplimiento persistente de un municipio en el pago de sus deudas puede equipararse a una violación del artículo 1105, siempre que no se trate de un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema”.⁴⁰⁴ De esta forma, el panel determinó que la ciudad no había caído en incumplimiento de sus obligaciones relativas al Artículo 1105.⁴⁰⁵ Además, determinó que los tribunales federales mexicanos no habían incumplido las disposiciones del Artículo 1105.⁴⁰⁶ El tribunal estableció que tanto el juzgado federal como el tribunal de arbitraje mexicano habían tomado decisiones justificadas y que la parte demandante había tenido la posibilidad de apelarlas y lo había hecho.⁴⁰⁷ Por lo tanto, a la parte demandante no se le denegó acceso a la justicia ni se la sometió a trato injusto. Por último, el tribunal determinó que el incumplimiento en que incurrió la municipalidad respecto de sus obligaciones de pago al demandante no equivale a una expropiación directa ni indirecta, que no se confiscó la empresa, y que la actividad comercial de la empresa no había sido impedida por la confiscación de elementos o propiedad clave de la misma, sino como resultado de errores contractuales que determinaron que el negocio resultara “reiteradamente poco rentable”. El panel concluyó:

Según la perspectiva del Tribunal, no es función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como se refleja en el Artículo 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero, o trasladarle a México el peso de indemnizar por el fracaso de un plan de negocios que, dadas las circunstancias, se fundaba en una base de clientes demasiado acotada y que dependía para su éxito de hipótesis insostenibles sobre captación de clientes y cumplimiento contractual. Una empresa a punto de quebrar no es expropiada sólo porque no se pagan las deudas o porque no se cumplen otras obligaciones contractuales. La posición podría ser diferente si los caminos jurídicos disponibles para procurar una reparación estuvieran obstaculizados o si seguirlos fuera evidentemente inútil frente a la intransigencia gubernamental.⁴⁰⁸

Esta es la segunda vez que un tribunal del TLCAN rechaza un caso asociado a contratos de concesión de servicios municipales; el caso anterior fue Azinian. Un observador del TLCAN destacó que los hechos de este caso coinciden con varias otras controversias de inversión que involucran la resistencia de la ciudadanía a pagarle a inversionistas extranjeros por la prestación de servicios que antiguamente eran públicos.⁴⁰⁹

Bayview Irrigation District y otros vs México: derechos sobre el agua

Un grupo de 17 distritos de riego de Texas, EE.UU., más agricultores, ganaderos y otras partes interesadas que tienen derechos sobre el agua del río Río Grande en la frontera entre Estados Unidos y México, presentaron una “Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje” el 27 de agosto de 2004, alegando que México está desviando agua en forma ilegal, violando los derechos de las entidades demandantes según los términos del Capítulo 11 del TLCAN.

Los demandantes alegan que disponen de derechos legales “plenamente adjudicados” para retirar 1,2 millones de acres-pies de agua por año del tramo inferior del Río Grande (llamado Río Bravo en México).⁴¹⁰ Afirman que México “capturó, confiscó y desvió” un millón de acres-pies de agua

del Río Grande en una serie de embalses entre 1992 y 2002.⁴¹¹ Esa desviación benefició a los agricultores mexicanos, como lo indica el aumento de las importaciones de frutas y verduras, y perjudicó a los agricultores y otras partes interesadas de Texas, como lo indica la contracción de la superficie irrigada en los condados estadounidenses cercanos al río. Los demandantes argumentan que esta confiscación de agua "equivale" a una expropiación según los términos del Artículo 1110, que es discriminatoria según los términos del Artículo 1102, y que no cumple con el nivel mínimo de trato contemplado en el Artículo 1105. Estiman que el valor del agua que así perdieron se ubica entre US\$ 265 y 554 millones y exigen una indemnización dentro de ese rango.⁴¹² Los demandantes también estiman que se han perdido 30.000 puestos de trabajo del lado estadounidense de la frontera debido a la escasez de agua.⁴¹³

Éste es un caso novedoso en el contexto de los casos amparados en el Capítulo 11 del TLCAN, porque no queda claro cómo una demanda nacional en torno al agua –aun cuando esté basada en asignaciones de aguas internacionales—constituye una "inversión" al sur de la frontera, según los términos del TLCAN. Éste será sin duda uno de los primeros asuntos que tendrá que resolver un tribunal del TLCAN, en caso de que se constituya un tribunal para este caso.

Aunque nace en los Estados Unidos, el Río Grande está alimentado fundamentalmente por media docena de ríos que se originan en México. Los demandantes afirman que México no está cumpliendo compromisos asumidos en un tratado sobre aguas compartidas firmado en 1944 entre México y Estados Unidos, que le otorgó a este último el derecho a un tercio (o a un mínimo de 350.000 acres-pies al año) del agua del Río Grande.⁴¹⁴ México recibió a cambio 1,5 millones de acres-pies del Río Colorado. Los funcionarios mexicanos han desestimado la demanda calificándola de "infundada" y resaltaron que los volúmenes de agua que México ha entregado son promedialmente mayores que los establecidos en el tratado.⁴¹⁵

La escasez de agua es un tema de gran preocupación en el suroeste de Estados Unidos y en la mayoría del territorio mexicano. En los últimos años se viene prestando creciente atención a la grave crisis de agua que afecta a Juárez y otras ciudades de la frontera mexicana que crecen a ritmos insustentables y que corren riesgo de quedarse sin agua dulce en los próximos cinco años. La crisis del agua ha llevado a la realización de varias reuniones de alto nivel entre ambos países, incluso a nivel presidencial. La grave escasez de agua en México es considerada por muchos como un asunto de seguridad nacional. Esta última controversia del TLCAN seguramente exacerbará las tensiones a ambos lados de la frontera. Debido a lo reciente de esta demanda, el proceso de arbitraje en este caso todavía no ha comenzado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego de examinar el extraordinario historial de casos y demandas al amparo del TLCAN contenidos en este informe, vale la pena revisar las suposiciones subyacentes que dieron origen al modelo TLCAN de protección a los inversionistas y al sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Un análisis basado en la información disponible respecto a la inversión extranjera sugiere que ni el modelo de inversiones, ni su mecanismo de ejecución constituyen una política pública adecuada o justificada.

¿Cuál es realmente la finalidad del sistema de protección al inversionista extranjero?

El principal justificativo del sistema inversionista-Estado desde el punto de vista de los países desarrollados es que es necesario para proteger las propiedades de los inversionistas de eventuales confiscaciones a manos del Estado. Desde el punto de vista de los países en desarrollo, el principal justificativo del sistema inversionista-Estado es que la adopción de estas medidas de protección a

los inversionistas atraerá la inversión extranjera directa. Ambos argumentos requieren mayor análisis.

¿Sirve acaso la protección al inversionista extranjero para proteger a las empresas contra las expropiaciones? Los partidarios del modelo TLCAN de protección de los inversionistas y del sistema de ejecución inversionista-Estado argumentan que ese tipo de disposiciones son necesarias para proteger a las empresas de las expropiaciones ilegales y de la franca discriminación en países inestables con sistemas jurídicos subdesarrollados. En efecto, quienes promovieron el TLCAN invocaron la historia de la nacionalización de la industria petrolera en México en 1838, para justificar la versión extrema de protección a los inversionistas del TLCAN como una respuesta razonable frente a las nacionalizaciones y las expropiaciones extrajudiciales.

Pero como este informe lo demuestra con claridad, el historial de casos al amparo del Capítulo 11 del TLCAN no tiene nada que ver con la necesidad de revertir expropiaciones ilegales, o con casos de franca discriminación, más bien se trata de un historial de ataques a un amplio espectro de acciones gubernamentales y políticas regulatorias, que incluyen medidas medioambientales y de salud pública no discriminatorias, una variedad de acciones relativas al uso del suelo, decisiones de juzgados nacionales, sentencias legales, contratos municipales, servicios públicos, política impositiva, política contra los juegos de azar, políticas de control de drogas y la aplicación de impuestos anti-dumping y derechos compensatorios. Uno de los partidarios de estas normas de protección a los inversionistas caracterizó las reglas del TLCAN sobre inversiones como “una invitación abierta a los inversionistas descontentos, tentados de denunciar que un fracaso financiero o empresarial fue provocado por normativas inapropiadas, políticas macroeconómicas equivocadas o un trato discriminatorio por parte del gobierno receptor”⁴¹⁶ —esta descripción se ajusta mucho más a la realidad.

Una revisión de los 42 casos y demandas presentados al amparo del TLCAN demuestra que sólo uno de los casos implicó un incidente que se podría caracterizar como expropiación —el caso de GAMI. Las acciones que dieron origen a ese caso nada tienen que ver con la confiscación injustificada de una firma extranjera tan temida por los partidarios del TLCAN. La toma de posesión de algunos ingenios *mexicanos* fuertemente endeudados llevada a cabo en el año 2001 por el gobierno de México fue lo que permitió que los ingenios que tenían problemas pudieran salir a flote y fueran reestructurados para tornarse nuevamente rentables desde el punto de vista económico. Por otra parte, el gobierno actualmente está procediendo a su re-privatización. Probablemente el gobierno ni siquiera estaba al tanto de que una empresa de EE.UU. tenía una pequeña participación accionaria en algunos de esos ingenios azucareros. Los gobiernos de los tres países del TLCAN a menudo se ven obligados a enfrentar el problema del endeudamiento de empresas activas en ramas clave de la industria mediante la intervención estatal directa, tal como ocurrió en 2002 cuando la administración Bush socorrió a la accidentada industria metalúrgica estadounidense.

No es posible hacer un balance completo de cuán frecuentemente son verdaderas acciones gubernamentales expropiatorias las que desencadenaron litigios amparados en Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), porque la inmensa mayoría de estos casos permanecen en el más absoluto secreto ya que son laudados a puerta cerrada en diferentes lugares. Aunque poco frecuentes, las nacionalizaciones sí acontecen. Podemos pensar en las nacionalizaciones llevadas a cabo en la historia moderna en Libia e Irán, y más recientemente en Zimbabwe. Estos hechos poco frecuentes, aunque dramáticos, no justifican que se otorgue a los inversionistas un conjunto de derechos extremos que finalmente les permiten impugnar —mediante sistemas de resolución de controversias inversionista-Estado que operan a puertas cerradas— un amplio abanico de políticas nacionales de los países receptores que nada tienen que ver con actos de expropiación.

La regla de oro cuando los acuerdos comerciales internacionales habilitan la impugnación de políticas nacionales regulatorias debería ser simple: ¿La normativa es realmente discriminatoria? ¿Trata de igual forma a los inversionistas extranjeros y a los nacionales? Si estas preguntas tienen una respuesta afirmativa, entonces no existe una base legítima para que un acuerdo comercial internacional permita –y mucho menos promueva– que los inversionistas impugnen leyes.

¿Sirven acaso las protecciones a los inversionistas extranjeros para atraer inversión extranjera directa? Las normas sobre inversiones contenidas en el TLCAN, el TLCAC, los TBI y en muchos Tratados de Libre Comercio (TLC) han sido empacadas y vendidas a los líderes mundiales como una herramienta para atraer mayor inversión extranjera directa (IED) y para incrementar el comercio. El Presidente Antonio Saco de El Salvador cree que “el TLCAC brinda a una nueva generación de empresas la oportunidad de invertir en nuestro país, fomentando así el crecimiento económico, el aumento de los ingresos y la diversificación de la economía.”⁴¹⁷

¿Pero podrá acaso el capítulo de inversiones del TLCAC satisfacer esas expectativas, generadas por la repetición de una afirmación durante décadas? Las evidencias de que eso no ocurrirá comienzan a acumularse. En 2003, el Banco Mundial publicó un estudio analizando los flujos de IED de 20 de los países más ricos -miembros de la selecta Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)- hacia 31 países en desarrollo durante los últimos veinte años. Señalando que los países miembros de la OCDE son la fuente de más del 85% de la IED hacia los países en desarrollo, el estudio concluyó que “el análisis de veinte años de flujos bilaterales de IED de [los países de] la OCDE a los países en desarrollo arroja poca evidencia de que los TBI hayan estimulado inversiones adicionales”.⁴¹⁸

Un estudio reciente de la Universidad de Yale que realiza un análisis econométrico similar con información de 176 países reveló que “en general los TBI parecen tener poco impacto en la IED.” Aún más sorprendente, el estudio de Yale halló que había poca relación entre la existencia de un tratado bilateral de inversiones con Estados Unidos y los niveles de IED proveniente de EE.UU..⁴¹⁹ Un estudio no finalizado aún de la Universidad Tufts confirma estos hallazgos. Según Tufts, los Tratados Bilaterales de Inversiones no han surtido ningún efecto para atraer IED a América Latina, especialmente de EE.UU..⁴²⁰

Estos estudios analizan la información sobre los flujos de inversión reales y concluyen que las protecciones a los inversionistas no redundaron en un incremento de la IED. Sin embargo, ¿acaso fue México una excepción a estos hallazgos, ya que la IED en México se incrementó tras su ingreso al TLCAN? El trabajo del economista mexicano Enrique Sussel Peters, de la Universidad Autónoma Nacional, en Ciudad de México, demostró que el factor determinante para la atracción de IED de Estados Unidos a México es el hecho que ambos países son limítrofes, no las protecciones del TLCAN a los inversionistas.⁴²¹ No obstante, las ventajas de México como país limítrofe se han erosionado en los últimos años. A partir del ingreso de China a la OMC en el 2001, los inversionistas estadounidenses comenzaron a trasladar la producción de México a China. Esto condujo a que 1/3 de las fábricas de propiedad de inversionistas de EE.UU. en México fueran trasladadas.⁴²² Parece poco probable que los países de Centroamérica o la República Dominicana se beneficien de su proximidad con Estados Unidos, cuando tantas empresas ya han hecho el cálculo de que la fuerza de trabajo china con alto nivel educativo, los salarios bajos y los numerosos subsidios gubernamentales compensan los costos de transporte y los inconvenientes que genera la producción a gran distancia. Es de destacar que Estados Unidos no tiene un TBI con China, y aún así China es el principal destino de la IED de Estados Unidos. Es más, el flujo de IED de EE.UU. tiene lugar a pesar del hecho que el gobierno de Estados Unidos y numerosos grupos empresariales

han sido desde hace tiempo sumamente críticos de las instituciones económicas, políticas y legales de la China.

La evidencia creciente de que las normas sobre inversiones y el régimen inversionista-Estado tendrán poco impacto en los flujos de IED coincide con mucha de la literatura sobre IED que hace referencia a otros factores –tales como los costos de mano de obra, el tamaño del mercado, el comportamiento del mercado, el acceso a los mercados regionales y globales y a las materias primas y la infraestructura física (puertos, carreteras, energía), el costo de otros insumos y otros factores económicos—como determinantes centrales de la IED.⁴²³ Otros factores que influyen para atraer IED es la existencia de mano de obra con alto nivel educativo y grandes concentraciones de trabajadores calificados en las áreas urbanas. Estos factores sin dudas están relacionados con las tasas crecientes de transferencia de fuentes de trabajo en el sector de los servicios de los países desarrollados a los países en desarrollo, y la oleada intensa de fusiones y adquisiciones derivada de la rapiña de las empresas extranjeras por apropiarse de las empresas estatales privatizadas. El nivel de trato ofrecido a los inversionistas extranjeros puede ser uno más de los muchos factores que toman en cuenta las empresas, pero seguramente será secundario frente a otras consideraciones relativas a la estabilidad económica-política y social, las normas de acceso a los mercados e impositivas, y los paquetes de incentivos específicos diseñados para empresas específicas.

Por lo tanto, no sorprende que haya muchos países importantes, grandes inversionistas y grandes receptores de inversión extranjera directa cuyas transacciones no están cubiertas por TBI. Japón, que ocupa el segundo lugar en importancia como país generador de IED, sólo es Parte de cuatro TBI, mientras Brasil que es uno de los principales receptores de IED en América Latina, sólo es Parte de un TBI.⁴²⁴ En contraste, muchos países que han firmado un gran número de TBI reciben a cambio sólo un flujo moderado de IED. Por ejemplo, las naciones del África Subsahariana aún tienen problemas para atraer IED, a pesar de haber ratificado una multiplicidad de acuerdos diseñados para proteger los intereses de los inversionistas extranjeros en sus países.⁴²⁵

Es más, las normas sobre inversiones consagradas en el TLCAN, el TLCAC, los TBI y TLC recientes en realidad *prohíben* los principales mecanismos de política pública utilizados por los gobiernos para garantizar que la IED contribuya al desarrollo local. Por ejemplo, el artículo 10.9 del TLCAC sobre requisitos de desempeño, establece que los Partes del TLCAC no podrán imponer ni hacer cumplir ninguno de los siguientes requisitos: exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios; alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio; relacionar de modo alguno el volumen o valor de las importaciones al volumen o valor de las exportaciones; transferir tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento patentado [o protegido por derechos de propiedad intelectual] a una persona en su territorio; o actuar como proveedor exclusivo de las mercancías que produce o los servicios que presta en una región específica o en el mercado mundial. Muchos TBI y TLC contienen normas similares.

La mayoría de los países que hoy son desarrollados utilizaron profusamente este tipo de requisitos de desempeño -tales como las normas de contenido local- durante su proceso de industrialización, y algunos han mantenido esas políticas hasta hace muy poco. Muchos países desarrollados utilizaron ampliamente tales políticas en el sector automotriz para promover la integración hacia atrás en la cadena productiva, la producción local y la generación de valor agregado.⁴²⁶ En la actualidad los países desarrollados utilizan otro tipo de mecanismos que tienen diferentes nombres pero que cumplen una función similar, tales como las ‘normas de origen’ en el comercio, que establecen el grado de contenido local que debe tener un producto para que puedan gozar de determinadas preferencias comerciales. Numerosos estudios teóricos para varios países y para países específicos han demostrado que los requisitos de desempeño son instrumentos de política de desarrollo

importantes, que generan beneficios significativos para los países receptores.⁴²⁷ Muchos argumentarían que tales herramientas necesarias para promover el desarrollo deberían estar a disposición de los países en desarrollo de la misma manera que estuvieron a disposición de los países desarrollados, en lugar de ser eliminadas del paquete de medidas para generar desarrollo económico.

La verdadera historia: las “protecciones” a los inversionistas se han transformado de escudo en espada.

Si estas protecciones a los inversionistas y el sistema de ejecución inversionista-Estado no constituyen un factor determinante en las decisiones de los inversionistas extranjeros, ni promueven la inversión extranjera, ¿para qué sirven entonces?

En primer lugar, como lo demuestra este informe, en vez de proporcionarle a los inversionistas un escudo contra la confiscación gubernamental de sus propiedades, estas protecciones están siendo empuñadas por los inversionistas como una espada para atacar un conjunto de políticas regulatorias y funciones que a diario deben cumplir los gobiernos. Para evitar contraer obligaciones financieras y tener que pagar indemnizaciones, los países derogan cada vez más políticas de interés público importantes, tal como lo hizo Canadá en el caso Ethyl, y debilitarán otras salvaguardas normativas para evitar verse obligados a pagar más indemnizaciones a otras empresas extranjeras. La diversidad de políticas impugnadas resulta sorprendente, incluso para los propios países que han firmado acuerdos de libre comercio y TBI que contienen protecciones para los inversionistas. Recientemente las empresas extranjeras han expandido aún más el uso de estas normas para obtener indemnizaciones por pérdidas ocurridas durante una crisis económica. Los más de 30 casos contra Argentina en respuesta a las medidas de emergencia que el país debió tomar para enfrentar la crisis financiera, aún no han sido laudados pero amenazan con sacarle una tajada grande a la recuperación económica argentina. Peor aun, estos casos son sólo el comienzo de los impactos potenciales adversos con que amenazan estas protecciones a los inversionistas.

En segundo lugar, hay casos recientes de TBI que ilustran el sorprendente monto de las obligaciones financieras que han contraído los países –a sabiendas o sin querer—al aceptar el modelo TLCAN de protección a los inversionistas incluido en los TBI y TLC que han firmado. En enero de 2005, la República de Eslovaquia fue conminada a pagarle a un banco checo la astronómica suma de US\$ 868 millones como indemnización en un litigio por préstamos bancarios.⁴²⁸ Si Eslovaquia tuviera que pagar esa suma, su déficit público aparentemente se incrementaría de 3,9% del PBI a 5,8%.⁴²⁹ En 2003, la República Checa fue conminada a pagarle cerca de US\$ 350 millones a una empresa multinacional de medios (Central European Media o CME) después que un tribunal arbitral de un TBI sentenciara que la autoridad checa reguladora de los medios de comunicación había violado las disposiciones de un TBI entre República Checa y Holanda.⁴³⁰ Esa gigantesca indemnización multiplicó casi por dos el déficit presupuestal de la República Checa ese año.⁴³¹ En 2004, la empresa estadounidense Occidental Petroleum aprovechó un TBI entre EE.UU. y Ecuador para impugnar la cancelación de los reintegros de los impuestos al valor agregado (IVA) que decretó el gobierno ecuatoriano. El panel del TBI fijó el monto que deberá pagarle Ecuador a Occidental en US\$ 71 millones más intereses.⁴³²

En tercer lugar, los costos en que debe incurrir un gobierno para defenderse de las demandas inversionista-Estado elevadas ante diversos organismos arbitrales pueden ascender a sumas bastante importantes. El gobierno de EE.UU. ya gastó US\$ 3 millones en un solo caso: defendiendo a Estados Unidos de la impugnación de sus normativas sobre MTBE en el estado de California.⁴³³ Los contribuyentes estadounidenses tendrán quizás que pagar hasta US\$ 30 millones solamente por

concepto de honorarios legales para defenderse en los 10 litigios pendientes o ya resueltos contra Estados Unidos. La República Checa gastó US\$ 10 millones tratando de defender sin éxito sus intereses en los dos litigios mencionados arriba relativos a los medios de comunicación.⁴³⁴ En naciones como la Argentina, que enfrenta un total de 37 litigios pendientes en su contra amparados en TBI (la inmensa mayoría de ellos entablados por empresas extranjeras de servicios públicos privatizados que impugnan las medidas que tomó el gobierno argentino para capear la crisis financiera de 2002, tales como el congelamiento de las tarifas de los servicios esenciales) y México, que enfrenta 14 casos pendientes en su contra amparados en TBI, los contribuyentes se encontrarán con cuentas a pagar abultadísimas por la asesoría legal especializada indispensable para defender esos casos. Alternativamente, en lugar de verse en la obligación de costear esos gastos prohibitivos, los países quizás encuentren más conveniente ceder y rendirse ante cualquier amenaza de impugnación.⁴³⁵

En cuarto lugar, muchos TBI y TLC exigen que a los inversionistas se les permita hacer transferencias rápidas de dinero libremente. Por ejemplo, el Artículo 10.8 del TLCAC estipula que “Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio”. Esa regla prohibiría el uso de ciertos instrumentos de política hoy más necesarios que nunca en una economía globalizada, para estabilizar las bolsas nacionales de valores y reducir el papel de la especulación monetaria en el sistema financiero mundial. Ese tipo de disposiciones sobre las transferencias de capitales podría impedirle a los países imponerle condiciones a la inversión de cartera (*portfolio investment*), tales como los “retardadores de velocidad” (*speed bumps*) que son requisitos que se le imponen a los inversionistas para que retengan en sus manos durante un determinado lapso de tiempo los instrumentos financieros. Esos mecanismos ya le sirvieron antes a algunos países para evitar desastres como la crisis del peso mexicano. De hecho, cuando la moneda mexicana se desplomó en 1995 toda América Latina sintió el impacto. El único país que pudo evitar los trastornos económicos regionales generados por el “efecto Tequila” fue Chile con sus retardadores de velocidad del capital.

Pero la prueba quizás más evidente de que las protecciones al inversionista tipo TLCAN han dejado de ser una herramienta defensiva contra las expropiaciones no indemnizadas para convertirse en un arma ofensiva empleada para atacar las políticas normativas básicas, es el hecho que en el TLCAC hay formulaciones que podrían establecer el derecho de una empresa a utilizar sus filiales en otro país que sea Parte del tratado, para atacar las leyes de su propio país o estado de origen. Esta nueva cláusula que aparece en el Artículo 10.12 del TLCAC (Denegación de Beneficios) constituye un golpe de mano escandaloso contra la autoridad del Congreso de la nación para hacer las leyes del país. Sin embargo, esta posibilidad es también lamentablemente el fruto de la evolución natural de aquellas protecciones artificialmente amplias para los inversionistas. Los fallos recientes de algunos paneles de TBI y el TLCAN han erosionado ostensiblemente el fundamento de estas reglas sobre inversiones, al concluir que no es necesario que un inversionista sea extranjero para obtener indemnización (*Tokios Tokeles vs Ucrania*), y que para elevar una demanda inversionista-Estado posiblemente ni siquiera necesite tener una inversión (*S.D. Myers vs Canadá*).

El texto del TLCAC sobre ‘Denegación de Beneficios’ pone al desnudo la agenda extremista subyacente de los partidarios y promotores de estas reglas. Las expansivas “protecciones al inversionista” tipo TLCAN constituyen poco menos que un tribunal paralelo —un sistema judicial privado— para dirimir las demandas de los inversionistas contra las decisiones, normas y acciones gubernamentales que perjudiquen y deterioren su rentabilidad. A menos que el Congreso rechace los tratados que contienen estas cláusulas, ciertas empresas multinacionales están y seguirán consiguiendo a través de normas de “comercio” lo que no pueden obtener en los pasillos y salones del Congreso o Parlamento, ni mediante el sistema judicial y los tribunales nacionales.

Lecciones del TLCAN para las naciones del TLCAC

De los 42 casos y demandas inversionista-Estado amparados en el TLCAN que se analizan en este informe, en cinco casos los inversionistas han tenido éxito en sus reclamos de indemnización, y en seis casos los gobiernos se han defendido exitosamente de los ataques de los inversionistas. Aun cuando se trata todavía de un cuerpo flaco de casos, las sentencias del TLCAN hasta la fecha son suficientes para ilustrar algunas tendencias alarmantes que deberían jugar un papel importante al momento de ponderar el TLCAC, que contiene disposiciones similares.

Los inversionistas extranjeros utilizarán el sistema inversionista-Estado para obtener indemnización por sentencias adversas en los tribunales nacionales: Hay un número creciente de casos amparados en el TLCAN que pretenden impugnar sentencias adversas de los tribunales nacionales. En el caso Loewen sobre servicios funerarios el tribunal del TLCAN indicó que potencialmente todas las decisiones de los tribunales de EE.UU., incluso las de la Suprema Corte de EE.UU., podrían ser revisadas por el TLCAN. Esta sentencia expansiva provocó protestas de juristas y eruditos en leyes. No obstante, las disposiciones sobre inversiones propuestas en el TLCAC no consiguen impedir que los tribunales arbitrales de comercio “revean” complejos casos ya dirimidos en los juzgados nacionales.

Cuestionamientos crecientes sobre la constitucionalidad de los tribunales inversionista-Estado: El Artículo III de la Constitución establece la existencia de un poder judicial independiente. El Congreso de EE.UU. no puede delegar a otro tribunal “los atributos esenciales del poder judicial”. Sin embargo, parece que ese tipo de delegación ya ha ocurrido en el marco del sistema inversionista-Estado. Hay organizaciones representativas de los abogados que han reclamado que se examine la constitucionalidad de los tribunales arbitrales comerciales antes que EE.UU. amplíe las reglas sobre inversiones a través de nuevos TLC como el TLCAC, pero la administración no ha proporcionado ese análisis, y en cambio simplemente replicó el defectuoso sistema inversionista-Estado en el TLCAC.

Los inversionistas extranjeros pueden presentar casos de “regulaciones expropiatorias” que no están permitidos en la legislación nacional: Mientras la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que la “mera disminución en el valor de la propiedad, sin importar cuán significativa, es insuficiente para configurar una expropiación”, los paneles arbitrales del TLCAN han definido que “la interferencia imprevista” con el uso de la propiedad puede tipificar una expropiación. Mientras que en EE.UU. las demandas por regulaciones expropiatorias sólo abarcan los bienes raíces (inmuebles), el TLCAN y el TLCAC contienen una larga lista de propiedades distintas a los bienes raíces, que pueden originar demandas similares por expropiación indirecta. El representante comercial de EE.UU. (USTR) intento “arreglar” este tema en el TLCAC eliminando la frase del texto del TLCAN que dice que las acciones gubernamentales “equivalentes” a una expropiación constituyen actividades que requieren indemnización. Pero éste es un cambio meramente cosmético. El texto del TLCAC aún exige la indemnización de las expropiaciones “indirectas”, que es el término operativo.

El costo potencial para los contribuyentes podría ascender a miles de millones de dólares: En los primeros once años del TLCAN sólo se han decidido o conciliado 11 casos. Los inversionistas extranjeros han triunfado cinco veces en al menos una parte de sus reclamos, y los gobiernos han pagado US\$ 35 millones por concepto de indemnizaciones a inversionistas extranjeros. A medida que el número de casos elevados es cada vez mayor, el monto de las indemnizaciones reclamadas por las empresas del TLCAN ascenderá a miles de millones de dólares de los contribuyentes. Por

otra parte, los costos de la defensa que deben pagar los gobiernos nacionales son cada vez mayores, y Estados Unidos ya gastó US\$ 3 millones defendiendo un sólo caso. Si se aprueba el TLCAC, las obligaciones y costos de los litigios inversionista-Estado se incrementarán espectacularmente para todos los países del TLCAC.

El mecanismo inversionista-Estado destruye el escudo de inmunidad soberana: El Capítulo 11 del TLCAN y las protecciones al inversionista propuestas en el TLCAC no contempla el principio de inmunidad soberana. Como lo expuso un erudito en derecho, “al aceptar los términos del TLCAN, los gobiernos de los Estados Unidos, México y Canadá esencialmente han renunciado a cualquier derecho a la inmunidad soberana que hayan tenido previo a la firma del Tratado”.⁴³⁶ Que los inversionistas extranjeros puedan demandar al gobierno federal cuando los ciudadanos y las empresas nacionales están impedidos de hacerlo constituye un ejemplo más de cómo a los inversionistas extranjeros se le adjudican más derechos que a las empresas nacionales.

Los gobiernos estatales y municipales no están fuera del alcance de los tribunales inversionista-Estado: Los inversionistas extranjeros amparados en el capítulo 11 del TLCAN no sólo han impugnado políticas nacionales, también han presentado demandas contra un número cada vez mayor de medidas adoptadas a nivel de estados, provincias y municipios. Entre éstas se incluyen decisiones sobre el uso de las tierras de propiedad estadual y municipal, políticas ambientales y de salud pública, fallos adversos de juzgados estatales, y contratos estatales y municipales. Aun cuando es el gobierno nacional el que es técnicamente responsable por la indemnización de cualquier daño, los gobiernos nacionales cuentan con una serie de avenidas en el marco de la legislación nacional para hacer que los gobiernos estatales y municipales modifiquen sus políticas para disminuir o evitar esas obligaciones.

Controversias públicas, tribunales privados: Cuando los inversionistas extranjeros demandan indemnizaciones en el marco del TLCAN o de los nuevos TLC con sistemas inversionista-Estado, los casos son dirimidos en organismos de arbitraje que fueron creados para arbitrar litigios privados entre partes contractuales, en disputas estrictamente comerciales. Ahora, sin embargo, estos mismos organismos abordan cuestiones significativas de políticas públicas. Aun cuando el TLCAC abrirá los procesos de arbitraje a la observación pública (siempre que los interesados puedan costearse el traslado en avión hasta las lejanas sedes de los tribunales), los ciudadanos siguen sin poder ser Parte de las demandas. Incluso la aceptación de los escritos amicus queda a discreción del panel. En el marco del TLCAN, estos procesos todavía pueden continuar siendo confidenciales, si así lo reclama la empresa litigante.

La amenaza de posibles demandas mediante el sistema inversionista-Estado desalienta políticas de interés público: La amenaza de litigios sigue desalentando la generación de políticas de interés público. En 2004, una propuesta del gobierno provincial de New Brunswick, Canadá, para la creación de su propio plan de seguro de automóviles como respuesta al clamor público ante el aumento exponencial de las primas de los seguros de automóviles, fue abandonada luego de que sus críticos señalaron que podía provocar una serie de acciones legales por parte de las firmas extranjeras que pudieran considerar el plan público de seguro de automóviles como una “expropiación” de su cuota del mercado al amparo del Capítulo 11 del TLCAN. No es posible hacer un balance real de las víctimas de amenazas de litigios inversionista-Estado puesto que la comunicación relativa a estos casos generalmente ocurre a puerta cerrada.

El número de litigios inversionista-Estado contra los servicios públicos podría aumentar: El caso de UPS encierra una de las tendencias más perturbadoras de los litigios en torno a la protección de los inversionistas extranjeros al amparo del TLCAN considerados en su conjunto, y es que muchas empresas están utilizando estas reglas para conseguir condiciones más favorables

para sus firmas. Si la demanda de UPS es exitosa, pocos servicios públicos prestados en competencia con privados quedarían inmunes a demandas como estas tipo TLCAN. No hay nada en la redacción del TLCAC que ponga a salvo de este tipo de litigios a los países miembros.

El texto referido al medioambiente no protege a las normativas ambientales frente al mecanismo inversionista-Estado: Las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN supuestamente orientadas a proteger el medioambiente han sido desechadas tan rápidamente por los tribunales arbitrales inversionista-Estado que se han tornado irrelevantes. En el caso de Metalclad, no hubo evidencia de que el tribunal sopesara en lo más mínimo las disposiciones ambientales del TLCAN antes de llegar a una decisión final. En el caso de S.D. Myers sobre PCB, las obligaciones de Canadá en el marco del tratado ambiental que regula el comercio de desechos peligrosos, el Convenio de Basilea, si bien fueron consideradas por el tribunal del TLCAN, finalmente fueron completamente descartadas. No hay nada en el TLCAC que remedie este problema.

Recomendaciones

Tanto el modelo de inversiones del TLCAN como el mecanismo privado de aplicación forzada inversionista-Estado establecidos en acuerdos públicos son una mala política pública. Las reglas del TLCAN sobre inversiones requieren una reformulación, y sus disposiciones no deben incluirse en acuerdos futuros. Ni siquiera los empresarios y gobiernos partidarios y promotores más apasionados del mecanismo de resolución de controversias inversionista-Estado sostienen que ese sistema sea necesario para proteger a los inversionistas extranjeros en los países desarrollados. El supuesto razonable que subyace a esta postura es que los países desarrollados cuentan con instituciones judiciales fuertes a nivel nacional, capaces de adjudicar derechos de propiedad con justicia. En verdad, hay muy pocos tratados entre las naciones desarrolladas que dispongan de ese mecanismo, siendo el TLCAN una rara excepción. Por otra parte, los promotores del modelo TLCAN de protección a los inversionistas sostienen sin embargo que estas reglas sobre inversiones si deben aplicarse a los países en desarrollo solamente como un *quid pro quo* necesario para conseguir que los gobiernos de los países en desarrollo adhieran a esas reglas. Por eso la aplicación de las reglas sobre inversiones y del sistema inversionista-Estado es reconocido calladamente como completamente innecesario para los países desarrollados desde el punto de vista de las políticas públicas.

En ciertos países en desarrollo el problema de política pública supuestamente es si el sistema judicial nacional está en condiciones de adjudicar derechos de propiedad expeditivamente y con justicia. Sin embargo, si los países desarrollados realmente tienen interés en propagar el imperio de la ley por todo el mundo, algunos dirían que la mejor forma de hacerlo sería ayudando a las naciones a establecer instituciones políticas y judiciales que funcionen –no encajonándolos en un conjunto de protecciones especiales para los inversionistas, adjudicadas por tribunales que no brindan garantías básicas procesales, y que sirven sólo a una serie de intereses muy estrechos. En realidad, la creación de ese modelo de protecciones especiales para los inversionistas podría eliminar el incentivo de los países desarrollados para brindar apoyo a la promoción del desarrollo de instituciones judiciales.

Para EE.UU. el costo de mantener un sistema paralelo de “tribunales” que expone al gobierno federal y los gobiernos estatales y municipales a enormes obligaciones financieras así como a un doble riesgo por los casos ya litigados, y que amenaza las funciones básicas de gobierno y las salvaguardas del interés público de las que todos dependemos, supera a todas luces cualesquier beneficios que le pueda proporcionar el sistema inversionista-Estado a determinados inversionistas estadounidenses que operan en el extranjero.

Para las otras naciones del TLCAC esto será un negocio aún peor. No hay indicios ni evidencia alguna de que los flujos de IED se incrementarán tras la aplicación de estas reglas extremas para los inversionistas. Además, el riesgo de indemnizaciones multimillonarias en dólares más el simple costo de defensa de estos casos resulta aún más oneroso para las naciones con economías pequeñas.

Para restablecer el equilibrio entre el interés público y los intereses empresariales que tanto se ha sesgado a favor de estos últimos en el marco del modelo TLCAN de protección a los inversionistas, y para evitar que este modelo defectuoso se propague más a través del TLCAC, Public Citizen recomienda:

- Se debe eliminar el sistema inversionista-Estado de los acuerdos futuros. Las disputas comerciales generadas bajo los términos de los acuerdos internacionales entre naciones deben ser atendidas por los propios gobiernos en una relación Estado-Estado. Existe un precedente para este enfoque, ya que el TLC EEUU-Australia de 2004 no incluyó un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.
- Las disposiciones sobre regulaciones expropiatorias que otorgan a los inversionistas extranjeros más derechos que a las empresas nacionales deben ser eliminadas del TLCAN y no incluirse en los acuerdos futuros. Otros aspectos del modelo de protección al inversionista del TLCAN requieren cambios significativos para asegurar que los inversionistas extranjeros no gocen de más derechos sustantivos o procesales que las empresas nacionales.
- Los acuerdos comerciales deben abordar fundamentalmente los asuntos de comercio tradicionales –los términos de intercambio entre países- no el sistema normativo, el régimen de inversiones ni otras políticas internas de los países. Todas las políticas ambientales, de salud, seguridad y otros aspectos de interés público que no sean discriminatorias, así como los asuntos estatales y municipales y las decisiones de los juzgados nacionales deben mantenerse explícitamente fuera del alcance de las reglas de protección al inversionista.

FUENTES DE CONSULTA PARA INVESTIGADORES SOBRE EL TLCAN

‘Observatorio Mundial del Comercio’ de Public Citizen: www.tradewatch.org (en castellano: www.tradewatch.org/espanol)

Amigos de la Tierra EE.UU.: www.foe.org

Boletín periódico sobre inversiones, del Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable: www.iisd.org/investment/invest-sd

Sitio Web del Departamento de Estado de EE.UU. sobre casos del Capítulo 11 del TLCAN: www.state.gov/s/l/c3439.htm

Sitio Web del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá sobre casos del Capítulo 11 del TLCAN: www.dfait-maeci.gc.ca/tna.nac/gov-en.asp

Sitio Web del gobierno mexicano sobre casos del Capítulo 11 del TLCAN: www.economia-snci.gob.mx/sic_php/ls23al.php?s=18&p=1&l=1

Texto del TLCAN: www.sice.oas.org/TRADEE.ASP#NAFTA

Textos de negociación del Capítulo 11 del TLCAN: www.naftaclaims.com/commission.htm

Documentos sobre el Capítulo 11 del TLCAN: www.naftaclaims.com

CIADI (brinda lista de casos pendientes): www.worldbank.org/icsid/

CNUDMI (no brinda información sobre los casos pendientes ni resueltos): www.uncitral.org/

NOTAS

¹ Ver, North American Free Trade Agreement (TLCAN), 32 I.L.M 605, (en adelante, TLCAN).

² El Tratado de Libre Comercio de América Central fue finalizado y firmado por las naciones miembro el 28 de mayo de 2004. Los países signatarios son los Estados Unidos, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

³ John Echeverria, "The Real Contract on America," *The Environmental Law Institute* (reimpreso de The Environmental Forum), julio-agosto 2003, página 1.

⁴ Sandra Day O'Connor, "Federalism of Free Nations," *28 N.Y.U. J. Int'l. L. & Pol.* 35, Otoño 1995-Invierno 1996.

⁵ *Concrete Pipe and Products v. Construction Laborers Pension Trust*, 508 U.S. 602, junio 14, 1993, at 615.

⁶ Laudo Provisorio del Tribunal Arbitral, en el caso de Arbitraje al amparo del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Pope & Talbot Inc. y el Gobierno de Canadá, Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, junio 26, 2000, página 37; Laudo del Tribunal Arbitral constituido al amparo del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*, Reglamento Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25, 2000, página 28. El Panel de Metalclad estableció que la expropiación en el TLCAN: "incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o imprevista del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad".

⁷ Según se puede ver en la Tabla de Casos y Demandas Amparados en el Capítulo 11 del TLCAN, dos demandas que no parecen haber llegado a arbitrarse agregarían grandes sumas a la cifra total: la demanda de Sun Belt por US\$ 10 mil millones y la de Baird por US\$13 mil millones. Incluso restando esas demandas del total los países podrían tener que pagar US\$ 5 mil millones por indemnizaciones. Además, el número de casos registrados al amparo del TLCAN aumenta aceleradamente y el número más grande de casos en proceso activo de arbitraje (siete) son casos pendientes contra los Estados Unidos.

⁸ Edward J. Sullivan and Kelly D. Connor, "Making the Continent Safe for Investors – NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution," *36 Urb. Law.* 99, invierno 2004, página 117.

⁹ Mathew Nolan and Darin Lippoldt, "Obscure NAFTA Clause Empowers Private Parties", *The National Law Journal*, abril 6, 1998.

¹⁰ Luke Eric Peterson, "ICSID Tribunal Splits Sharply Over Question of Corporate Nationality," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, junio 11, 2004.

¹¹ Luke Eric Peterson, "ICSID Tribunal Splits Sharply Over Question of Corporate Nationality," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, junio 11, 2004.

¹² Professor Prosper Weil, Dissenting Opinion, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, abril 29, 2004, página 16, disponible en el sitio: www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award25.

¹³ Luke Eric Peterson, "Chairman of Tribunal Resigns After Dissenting in Investment Arbitration," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, julio 6, 2004.

¹⁴ TLCAN, Artículo 1139.

¹⁵ TLCAN, Artículo 201.

¹⁶ TLCAN, Artículo 1110.

¹⁷ TLCAN, Artículo 1102.

¹⁸ TLCAN, Artículo 1103.

¹⁹ Un tribunal falló a favor de una empresa inversionista de Malasia en pleito con Chile, en un litigio amparado en un tratado bilateral de inversiones (TBI) que utilizó la misma instancia que se hubiera utilizado en una demanda amparada en el TLCAC, basándose en la lógica de que la cláusula de "nación más favorecida" contemplada en ese TBI –e igualmente en el TLCAN y el TLCAC—no sólo le daba derecho a la empresa malaya a recibir el 'mejor trato' en conformidad con las reglas del TBI entre Malasia y Chile, sino que también la habilitaba a recibir el mejor trato contemplado en otros TBI. Los TBI de Chile con Dinamarca y Croacia contienen formulaciones más detalladas sobre "trato justo y equitativo", que favorecían a la empresa malaya en su litigio sobre inversiones con Chile. El panel del CIADI que estudió este caso habilitó a la empresa malaya a 'importar' esas formulaciones más favorables sobre trato justo y equitativo contempladas en esos otros TBI de Chile e incluirlas en el TBI entre Malasia y Chile, y le adjudicó US\$ 5,8 millones en indemnización por las acciones del gobierno chileno que afectaron negativamente las inversiones de la empresa. (Luke Eric Peterson, "Malaysian Firm Wins BIT Case Against Chile; "Wide Scope of MFN Clause Looms Large", *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, agosto 23, 2004).

²⁰ TLCAN, Artículo 1105.

²¹ TLCAN, Artículo 1106.

²² TLCAN, Artículo 1120.

²³ TLCAN, Artículo 1136.5

²⁴ Eso queda en evidencia por el hecho que hasta 1987 no se había elevado ningún caso asociado a tratados de inversiones. Antonio Parra, "Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties", en

Noticias de CIADI, Volumen 17, No.2, Otoño de 2000; comunicación personal entre Parra y David Waskow, Amigos de la Tierra, julio 6 de 2001.

²⁵ Comentarios de Antonio Parra, sesión de la American Society of International Law, abril 6 del 2000.

²⁶ CIADI, *Lista de Casos Concluidos*, citado el 6 de julio de 2001, disponible en

www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm; CIADI, *Lista de Casos Pendientes*, citado el 10 de septiembre de 2004, disponible en www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm

²⁷ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Artículo 37.

²⁸ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, reglas del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Reglamento del Mecanismo Complementario).

²⁹ El Artículo 52 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, prevé la anulación de un fallo, en caso que: el Tribunal no se haya constituido adecuadamente; el Tribunal se haya extralimitado manifiestamente en sus potestades; se haya comprobado corrupción de alguno de los miembros del Tribunal; haya habido una infracción grave de algunas reglas de procedimiento fundamental, y; el Tribunal haya omitido los motivos en fundó su sentencia.

³⁰ Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Reglamento de Arbitraje*, Resolución 31/98 de la Asamblea General, disponible en www.uncitral.org/english/texts/arbitration/arb-rules.htm

³¹ Reglas del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Reglamento del Mecanismo Complementario), Artículo 23.

³² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, octubre 14 de 1966. Su Artículo 48 dice en una parte que “el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Reglamento de Arbitraje*, Resolución 31/98 de la Asamblea General, Artículo 32 (5).

³³ John Echeverría, “The Real Contract on America” *The Environmental Law Institute* (reimpreso de The Environmental Forum), julio/agosto de 2003, at 35.

³⁴ Por más información sobre esta propuesta por favor consultar “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration,” Documento de Debate del Secretariado del CIADI, octubre 23 de 2004, disponible en:

www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf

³⁵ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas de Interpretación de algunas disposiciones del Capítulo 11, julio 31, 2001.

³⁶ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas de Interpretación de algunas disposiciones del Capítulo 11, julio 31, 2001.

³⁷ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas de Interpretación de algunas disposiciones del Capítulo 11, julio 31, 2001.

³⁸ Sitio web del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre los casos del Capítulo 11 del TLCAN:

www.state.gov/s/l/c3439.htm; Sitio web del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional Canadiense sobre los casos del Capítulo 11 del TLCAN: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/gov-en.asp; Sitio web del Gobierno mexicano sobre los casos del capítulo 11 del TLCAN: www.economia-snci.gob.mx/sic_php/ls23al.php?s=18&p=1&l=1

³⁹ Un tribunal falló a favor de una empresa inversionista de Malasia en pleito con Chile, en un litigio amparado en un tratado bilateral de inversiones (TBI) que utilizó la misma instancia que se hubiera utilizado en una demanda amparada en el TLCAC, basándose en la lógica de que la cláusula de “nación más favorecida” contemplada en ese TBI –e igualmente en el TLCAN y el TLCAC—no sólo le daba derecho a la empresa malaya a recibir el ‘mejor trato’ en conformidad con las reglas del TBI entre Malasia y Chile, sino que también la habilitaba a recibir el mejor trato contemplado en otros TBI. Los TBI de Chile con Dinamarca y Croacia contienen formulaciones más detalladas sobre “trato justo y equitativo”, que favorecían a la empresa malaya en su litigio sobre inversiones con Chile. El panel del CIADI que estudió este caso habilitó a la empresa malaya a ‘importar’ esas formulaciones más favorables sobre trato justo y equitativo contempladas en esos otros TBI de Chile e incluirlas en el TBI entre Malasia y Chile, y le adjudicó US\$ 5,8 millones en indemnización por las acciones del gobierno chileno que afectaron negativamente las inversiones de la empresa. (Luke Eric Peterson, “Malaysian Firm Wins BIT Case Against Chile; “Wide Scope of MFN Clause Looms Large”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, agosto 23, 2004).

⁴⁰ Declaración de Guillermo Aguilar Álvarez, enero 4, 2002, en el registro de Public Citizen.

⁴¹ Tali Levy, “NAFTA’s Provision for the Compensation in the Event of an Expropriation: A Reassessment of the ‘Prompt, Adequate and Effective’ Standard,” *Stanford Journal of International Law*, verano 1995 en p. 428.

⁴² Tali Levy, “NAFTA’s Provision for the Compensation in the Event of an Expropriation: A Reassessment of the ‘Prompt, Adequate and Effective’ Standard,” *Stanford Journal of International Law*, verano 1995 en página 428.

⁴³ Citado en, “International Law on Investment: The Minimum Standard of Treatment (MST),” *Center for International Environmental Law*, Edición, agosto. 2003, página 1.

⁴⁴ Citado en, “International Law on Investment: The Minimum Standard of Treatment (MST),” *Center for International Environmental Law*, Edición, agosto. 2003, página 1.

-
- ⁴⁵ Tali Levy, "NAFTA's Provision for the Compensation in the Event of an Expropriation: A Reassessment of the 'Prompt, Adequate and Effective' Standard," *Stanford Journal of International Law*, verano 1995 en página 435.
- ⁴⁶ Edward J. Sullivan y Kelly D. Connor, "Making the Continent Safe for Investors – NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution," *36 Urb. Law.* 99, Invierno 2004, página 111.
- ⁴⁷ *Ver Asian Agriculture Products Lt. v. República de Sri Lanka* (Caso del CIADI No. ARB/87/3), disponible en inglés en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AsianAgriculture-Award.pdf>
- ⁴⁸ Marcos Orellana, "An Appellate Panel for Investment Disputes? Differing Views on the Role of Domestic Courts and the Standard of Review," Documento presentado a la Sección estadounidense de la Asociación de Derecho Internacional, Nueva York, octubre 16, 2004, página 2.
- ⁴⁹ Marcos Orellana, "An Appellate Panel for Investment Disputes? Differing Views on the Role of Domestic Courts and the Standard of Review," Documento presentado a la Sección estadounidense de la Asociación de Derecho Internacional, Nueva York, octubre 16, 2004, página 2.
- ⁵⁰ Edward J. Sullivan y Kelly D. Connor, "Making the Continent Safe for Investors – NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution," *36 Urb. Law.* 99, invierno 2004, página 111.
- ⁵¹ Asia-Europe Dialogue & Partner, "United States, Pakistan Begin Bilateral Investment Treaty Negotiations," octubre. 6, 2004, disponible en el sitio: www.ased.org/artman/publish/article_656.shtml.
- ⁵² Luke Eric Peterson, "Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Threats to Sustainable Development," Notas de una intervención oral en *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, agosto 2003, página 41.
- ⁵³ UNCTAD, Occasional Note: International Investment Disputes on the Rise, noviembre 29, 2004, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2 página 1.
- ⁵⁴ UNCTAD, Occasional Note: International Investment Disputes on the Rise, noviembre 29, 2004, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2, página 1.
- ⁵⁵ Matthew C. Porterfield, "International Expropriation Rules and Federalism," *23 Stan. Envtl. L. J.* 3, enero 2004.
- ⁵⁶ UNCTAD, Occasional Note: International Investment Disputes on the Rise, noviembre 29, 2004, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2 en página 3.
- ⁵⁷ IMF, "From the Executive Board: Bolivia ESAF," *IIFM Survey*, Vol. 27, No. 18, setiembre. 28, 1998, página 300.
- ⁵⁸ IMF and IDA, "Bolivia: Initiative for the Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Completion Point Document," setiembre 4, 1998, página 6.
- ⁵⁹ Jimmy Langman, "Bechtel Battles Against Dirt-Poor Bolivia," *San Francisco Chronicle*, febrero 2, 2002.
- ⁶⁰ Tim Johnson, "'Water War' A Test Case on Trade Transparency," *Miami Herald*, octubre 13, 2002; "Bolivia Water Privatization: Bechtel Sues," *Earthjustice: Urgent Cases*, 2003, disponible en el sitio: www.earthjustice.org/urgent/display.html?ID=107.
- ⁶¹ The Democracy Center, "Bechtel vs. Bolivia, Facturas de agua de Bechtel de Cochabamba" disponible en www.democracycctr.org/bechtel/waterbills/index.htm, citado, enero 12, 2005, en el registro de Public Citizen.
- ⁶² Mike Ceaser, "Water Rate Hikes Provoked Bolivia Protests," *Christian Science Monitor*, abril 13, 2000.
- ⁶³ Gregory Palast, "New British Empire of the Dammed," *The Observer*, abril 23, 2000.
- ⁶⁴ Emanuele Lobina, "Cochabamba – Water War," *Focus*, Vol. 7, No. 2, junio 2000, página 2.
- ⁶⁵ Jim Shultz, "Water Fallout: Bolivians Battle Globalization," *In These Times*, mayo 2000.
- ⁶⁶ *Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia* (Caso del CIADI No. ARB/02/3); Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de Holanda y la República de Bolivia disponible en el sitio: www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_bolivia.pdf.
- ⁶⁷ World Bank, "Bolivia at a Glance: 2001 figures," Hoja de datos, agosto 20, 2003, disponible en el sitio: www.worldbank.org/data/countrydata/aag/bol_aag.pdf.
- ⁶⁸ Banco Mundial, "Bolivia at a Glance: 2001 figures," Hoja de datos, agosto 20, 2003; Jimmy Langman, "Bechtel Battles Against Dirt-Poor Bolivia," *San Francisco Chronicle*, febrero 2, 2002.
- ⁶⁹ Jason Bricker, "Privatization of Water Management in Argentina," *American University's Trade Environment Database (TED)*, diciembre 2002, disponible en el sitio: www.american.edu/TED/water-argentina.htm.
- ⁷⁰ Jason Bricker, "Privatization of Water Management in Argentina," *American University's Trade Environment Database (TED)*, diciembre 2002.
- ⁷¹ Jason Bricker, "Privatization of Water Management in Argentina," *American University's Trade Environment Database (TED)*, diciembre 2002.
- ⁷² Ann Lemley, John J. Schwartz, Linda Wagenet, "Iron and Manganese in Household Drinking Water," *Water Treatment Notes, Fact Sheet 6*, Cornell Cooperative Extension, New York State College of Human Ecology, enero 1999.
- ⁷³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) contra. República Argentina (Caso No. ARB/97/3)*.
- ⁷⁴ Decisión de anulación, en el caso del procedimiento de anulación del arbitraje entre *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) contra República Argentina (Caso del CIADI No. ARB/97/3)*, julio 3, 2002, página 4.
- ⁷⁵ Decisión de anulación, en el caso de procedimiento de anulación del arbitraje entre *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) contra República Argentina (Caso del CIADI No. ARB/97/3)*, julio 3, 2002, páginas 11-13.

- ⁷⁶ Decisión de anulación, en el caso de procedimiento de anulación de arbitraje *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) contra República Argentina (Caso del CIADI No. ARB/97/3)*, julio 3, 2002, página 4.
- ⁷⁷ Mark Engler y Nadia Martinez, "Harken v. Costa Rica," *Grist Magazine*, marzo 26, 2004.
- ⁷⁸ Amigos de la Tierra, "The Threat to the Environment from the Central America Free Trade Agreement (CAFTA): The Case of Harken Costa Rica Holdings and Offshore Oil," Hoja de datos, sin fecha, disponible en el sitio: www.foe.org/camps/intl/harken.pdf.
- ⁷⁹ Mark Engler y Nadia Martinez, "Harken v. Costa Rica," *Grist Magazine*, marzo 26, 2004.
- ⁸⁰ Mark Engler y Nadia Martinez, "Harken v. Costa Rica," *Grist Magazine*, marzo 26, 2004.
- ⁸¹ Solicitud de arbitraje, en el caso de arbitraje entre *Harken Costa Rica Holdings, LLC contra la República de Costa Rica* (Caso del CIADI No. ARB/03/), setiembre 15, 2003, página 5.
- ⁸² Banco Mundial, "Costa Rica at a Glance: 2002 figures," Hoja de datos, setiembre 15, 2004, disponible en el sitio: www.worldbank.org/data/countrydata/aag/cr_i_aag.pdf.
- ⁸³ Patrice M. Jones, "Argentina Plunges to New Low; Peso tumbles 20% in Spite of Efforts by Government," *Chicago Tribune*, marzo 26, 2002.
- ⁸⁴ CIADI, *List of Pending Cases*, citado julio 26, 2004, disponible en el sitio: www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm.
- ⁸⁵ Luke Eric Peterson, "Path Cleared for First Challenge to Argentine Emergency Laws to Be Heard on the Merits," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, CIADI, agosto 1, 2003.
- ⁸⁶ Lucio Fernandez Moores, "Críticas al tribunal internacional donde se discuten demandas por la pesificación de tarifas," *Clarín*, diciembre 13, 2004. Ministerio de Economía y Producción, "Posición de la Republica Argentina sobre las presentaciones realizadas por empresas ante el CIADI," artículo de prensa, Buenos Aires, octubre 14, 2004.
- ⁸⁷ Luke Eric Peterson, "Path Cleared for First Challenge to Argentine Emergency Laws to Be Heard on the Merits," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, CIADI, agosto 1, 2003.
- ⁸⁸ Lucio Fernandez Moores, "Críticas al tribunal internacional donde se discuten demandas por la pesificación de tarifas," *Clarín*, diciembre 13, 2004.
- ⁸⁹ Raul Dellatorre, "Piden Revisar Tratados de Promoción de Inversiones," *Página 12*, 17 de diciembre, 2004.
- ⁹⁰ Center for International Environmental Law, "Consumers and Human Rights Organizations Request Transparency and Participation as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings Involving Argentina," artículo de prensa, 8 de febrero, 2005. Resumen disponible en el sitio: www.ciel.org/Tae/Suez_ICSID_8Feb05.html
- ⁹¹ Center for International Environmental Law, "Consumers and Human Rights Organizations Request Transparency and Participation as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings Involving Argentina," artículo de prensa, febrero 8, 2005.
- ⁹² *Ver en general*, Mark Weisbrot y Dean Baker, "When 'Good Parents' Go Bad: The IMF in Argentina," abril 2, 2002, disponible en el sitio: www.cepr.net/When_Good_Parents_Go_Bad.htm.
- ⁹³ Herbert L. Needleman y Philip J. Landrigan, "Toxins at the Pump", *New York Times*, marzo 13, 1996.
- ⁹⁴ Herbert L. Needleman y Philip J. Landrigan, "Toxins at the Pump", *New York Times*, marzo 13, 1996.
- ⁹⁵ Herbert L. Needleman y Philip J. Landrigan, "Toxins at the Pump", *New York Times*, marzo 13, 1996.
- ⁹⁶ Philip J. Landrigan, "MMT Déjà vu and National Security", *American Journal of Industrial Medicine*, Vol. 39, Issue 4, marzo de 2001, página 434-5.
- ⁹⁷ Philip J. Landrigan, "MMT Déjà vu and National Security", *American Journal of Industrial Medicine*, Vol. 39, Issue 4, marzo de 2001, página 434-5.
- ⁹⁸ J. Michael Davis, "Methylcyclopentadienyl Manganese-Tricarbonyl: Helath Risk Uncertainties and Research Directions", *Environmental Helath Perspectives*, Vol. 106, Suplemento 1, febrero 1998, página 191.
- ⁹⁹ Philip J. Landrigan, "MMT Déjà vu and National Security", *American Journal of Industrial Medicine*, Vol. 39, Issue 4, marzo de 2001, página 434-5.
- ¹⁰⁰ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, septiembre 10 de 1996, página 4.
- ¹⁰¹ En 1995 Ethyl ganó un juicio contra la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de EE.UU., que obligó a la EPA a levantar las restricciones al MMT tornándolo disponible para las gasolinas convencionales sin plomo. National Round Table on the Environment and the Economy, "Methylcyclopentadienyl Manganese-Tricarbonyl (MMT) Case Study", 1999, página 8, citado el 24 de abril de 2001.
- ¹⁰² J. Michael Davis, "Methylcyclopentadienyl Manganese-Tricarbonyl: Helath Risk Uncertainties and Research Directions", *Environmental Helath Perspectives*, Vol. 106, Suplemento 1, febrero 1998, página 192.
- ¹⁰³ Herbert L. Needleman y Philip J. Landrigan, "Toxins at the Pump", *New York Times*, marzo 13, 1996.
- ¹⁰⁴ J. Michael Davis, "Methylcyclopentadienyl Manganese-Tricarbonyl: Helath Risk Uncertainties and Research Directions", *Environmental Helath Perspectives*, Vol. 106, Suplemento 1, febrero 1998, página 193.
- ¹⁰⁵ La prohibición al transporte de MMT era necesaria porque las normas sobre combustibles que establece la Ley de protección del Medioambiente canadiense no son suficientemente amplias como para abarcar una prohibición a sustancias

que pueden dañar los sistemas de control de la contaminación de los automóviles, aun cuando tales daños deriven en mayores emisiones. Ley de 1997 sobre aditivos para gasolinas a base de Manganeso, capítulo 11.

¹⁰⁶ Statement of Defense, In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 27, 1997, página 23-24.

¹⁰⁷ Statement of Defense, In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 27, 1997, página 24.

¹⁰⁸ Statement of Defense, In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 27, 1997, página 24.

¹⁰⁹ Ley de 1997 sobre aditivos para gasolinas a base de Manganeso, capítulo 11.

¹¹⁰ Notificación de arbitraje, *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, abril 14 de 1997. Indemnización conocida a través de la Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, septiembre 10 de 1996.

¹¹¹ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, septiembre 10 de 1996, página 2-3.

¹¹² Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, septiembre 10 de 1996, página 2.

¹¹³ Statement of Defense, In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 27, 1997, página 9.

¹¹⁴ Award on Jurisdiction in the NAFTA/UNCITRAL Case between Ethyl Corporation and the Government of Canada, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, junio 24 de 1998, página 36.

¹¹⁵ “Declaración sobre MMT” del Gobierno de Canadá, julio 20 de 1998, en archivos de Public Citizen.

¹¹⁶ Statement of Defense, In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 27, 1997, página 32.

¹¹⁷ Ver, Lori Walach y Patrick Woodall, *Whose Trade Organisation? A Comprehensive Guide to the WTO*, New Press, 2004, para un análisis de las amenazas comerciales que derivaron en cambios legislativos.

¹¹⁸ Sandra Day O’Connor, “Federalism of Free Nations”, *28 N.Y.U.J. Int’l L & P.* 35, otoño 1995 – invierno 1996.

¹¹⁹ “Canadian Funeral Home Firm Battles \$150 Million Biloxi Judgement”, *Miami Herald*, noviembre 25 de 1998.

¹²⁰ Erik Larson, “Fight to the Death: A Battle Between Rival Funeral Homes Dynasties Puts the Spotlight on the Vast but Quiet Transformation in the Way We Bury our Dead”, *Time Magazine*, diciembre 9 de 1996.

¹²¹ Second Amended Complaint, In the Circuit Court for the First Judicial District of Hinds County, Mississippi, *Jeremiah O’Keefe et. al. vs Loewen Group Inc. et. al.*, Civil Action No. 91-67-423, Julio 18 de 1994, at 6-14.

¹²² *Provident American Corporation et. al. vs The Loewen Group Inc.* (U.S.D.C. Ed.Pa. CA. No. 92-1964). Suma acordada conocida por una comunicación personal de Mary Bottari, *Public Citizen*, con el abogado de *Provident*, Bret Flaherty, agosto 21 de 2001.

¹²³ Erik Larson, “Fight to the Death: A Battle Between Rival Funeral Homes Dynasties Puts the Spotlight on the Vast but Quiet Transformation in the Way We Bury our Dead”, *Time Magazine*, diciembre 9 de 1996.

¹²⁴ Comunicación personal de Mary Bottari, *Public Citizen*, y Michael S. Allred, abogado de O’Keefe, agosto 17 de 2001.

¹²⁵ Comunicado del jurado Robert Bruce al fiscal John Corlew, noviembre 25 de 1995, en archivos de *Public Citizen*.

¹²⁶ Comunicación personal de Mary Bottari, *Public Citizen*, y Michael S. Allred, abogado de O’Keefe, agosto 17 de 2001.

¹²⁷ Comunicación personal de Mary Bottari, *Public Citizen*, y Michael S. Allred, abogado de O’Keefe, agosto 17 de 2001.

¹²⁸ Notice of Intent to Submit a Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Loewen Group Inc. vs the United States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, octubre 30 de 1998, at 2-3.

¹²⁹ Jane Bussey, “Canadian Funeral Home Firm Battles \$150 Million Biloxi, Miss., Judgement”, *Miami Herald*, noviembre 25 de 1998.

¹³⁰ Notice of Intent to Submit a Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Loewen Group Inc. vs the United States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, octubre 30 de 1998.

¹³¹ Tasmin Carlisle, “Canada’s Loewen Group Founder Seek \$725 Million From the U.S.”, *Wall Street Journal*, enero 13 de 1999.

¹³² Notice of Intent to Submit a Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Loewen Group Inc. vs the United States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, octubre 30 de 1998, at 2.

¹³³ “NAFTA rejects U.S. Plea Against Funeral Home Case, Proceeds on Merits”, *Inside U.S. Trade*, abril 6 de 2001.

¹³⁴ Notice of Intent to Submit a Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Loewen Group Inc. vs the United States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, octubre 30 de 1998, at 52-59.

¹³⁵ Notice of Intent to Submit a Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Loewen Group Inc. vs the United States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, octubre 30 de 1998, at 59.

¹³⁶ Memorial de los Estados Unidos de América sobre temas de Jurisdicción y Competencia surgidos de la Reestructura de Loewen Group Inc., *Loewen Group Inc. v. the United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, marzo 1, 2002, at 20.

¹³⁷ Memorial de los Estados Unidos de América sobre temas de Jurisdicción y Competencia surgidos de la Reestructura de Loewen Group Inc., *Loewen Group Inc. v. the United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, marzo 1, 2002, página 20.

¹³⁸ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 33.

¹³⁹ Memorial de los Estados Unidos de América sobre temas de Jurisdicción y Competencia surgidos de la Reestructura de Loewen Group Inc., *Loewen Group Inc. v. the United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, marzo 1, 2002, página 40.

¹⁴⁰ Memorial de los Estados Unidos de América sobre temas de Jurisdicción y Competencia surgidos de la Reestructura de Loewen Group Inc., *Loewen Group Inc. v. the United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, marzo 1, 2002, página 39.

⁹ Memorial de los Estados Unidos de América sobre temas de Jurisdicción y Competencia surgidos de la Reestructura de Loewen Group Inc., *Loewen Group Inc. v. the United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, marzo 1, 2002, página 21-25.

¹⁴² Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 53.

¹⁴³ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003 at 53.

¹⁴⁴ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 39.

¹⁴⁵ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 41-49.

¹⁴⁶ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 61.

¹⁴⁷ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 69.

¹⁴⁸ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 64.

¹⁴⁹ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 70.

¹⁵⁰ Solicitud de Laudo complementario de los Estados Unidos, *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v. United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, agosto 9, 2003.

¹⁵¹ Presentaciones del Artículo 58 referidas a la reclamación de Raymond L. Loewen amparada en el artículo 1116, *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v. The United States of America*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, setiembre 19, 2003.

¹⁵² Adam Liptak, "TLCAN Tribunals Stir U.S. Worries," *New York Times*, abril 18, 2004.

¹⁵³ Conferencia Judicial Federal, Comité de Acuerdos Internacionales, Resolución 26: "Regarding Provisions in International Trade Agreements Affecting the Sovereignty of State Judicial Systems and the Enforcement of State Court Judgments", Quincuagésimo-sexta Asamblea Annual, julio 29, 2004.

¹⁵⁴ Conferencia Judicial Federal, Comité de Acuerdos Internacionales, Resolución 26: "Regarding Provisions in International Trade Agreements Affecting the Sovereignty of State Judicial Systems and the Enforcement of State Court Judgments", Quincuagésimo-sexta Asamblea Annual, julio 29, 2004.

¹⁵⁵ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 20.

¹⁵⁶ Laudo, en el pleito entre The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen y los Estados Unidos de América, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, junio 26, 2003, página 15.

¹⁵⁷ Petitioner's Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementario del CIADI, case number ARB(AF)/97/1, enero 22 de 2001, at 2.

¹⁵⁸ Petitioner's Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementario del CIADI, case number ARB(AF)/97/1, enero 22 de 2001, at 3.

-
- ¹⁵⁹ Metalclad Corporation SEC 10K/A, “Informe Anual”, junio 6 de 2001.
- ¹⁶⁰ Petitioner’s Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementario del CIADI, case number ARB(AF)/97/1, enero 22 de 2001, at 3.
- ¹⁶¹ Andrew Wheat, “Toxic Shock in a Mexican Village”, *Multinational Monitor*, Vol. 16, No. 10, octubre de 1995.
- ¹⁶² Andrew Wheat, “Toxic Shock in a Mexican Village”, *Multinational Monitor*, Vol. 16, No. 10, octubre de 1995.
- ¹⁶³ Andrew Wheat, “Toxic Shock in a Mexican Village”, *Multinational Monitor*, Vol. 16, No. 10, octubre de 1995.
- ¹⁶⁴ Fernando Bejarano, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), comunicación del 6 de abril de 2001, en archivos de *Public Citizen*.
- ¹⁶⁵ Fernando Bejarano, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), comunicación del 6 de abril de 2001, en archivos de *Public Citizen*.
- ¹⁶⁶ Greenpeace México, “Las Lecciones de Guadalucazar: Impunidad y Política Ambiental”, *La Jornada*, mayo 30, 1995.
- ¹⁶⁷ Petitioner’s Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementario del CIADI, case number ARB(AF)/97/1, enero 22 de 2001, at 4.
- ¹⁶⁸ Petitioner’s Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementario del CIADI, case number ARB(AF)/97/1, enero 22 de 2001, at 4.
- ¹⁶⁹ Fernando Bejarano, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), comunicación del 6 de abril de 2001, en archivos de *Public Citizen*.
- ¹⁷⁰ Fernando Bejarano, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), comunicación del 6 de abril de 2001, en archivos de *Public Citizen*.
- ¹⁷¹ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 15.
- ¹⁷² Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 17.
- ¹⁷³ Amended Petition to the Court, In the Supreme Court of British Columbia, Re: Sections 30, 31, 42 of the Commercial Arbitration Act, RSBC 1996, c. 55 and in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementario del CIADI, case number ARB(AF)/97/1, octubre 27 del 2000.
- ¹⁷⁴ La noticia del arbitraje aún no se ha hecho pública. La fecha y la suma reclamada se conocen por el Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 4, 36.
- ¹⁷⁵ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 1.
- ¹⁷⁶ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 1.
- ¹⁷⁷ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 42.
- ¹⁷⁸ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 32 - 35.
- ¹⁷⁹ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 28.
- ¹⁸⁰ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 23-24 del 2000, at 32.
- ¹⁸¹ Véase Stephen L. Kass y Jean M. McCarroll, “The Metalclad Decisión Under NAFTA Chapter 11”, *New York Law Journal*, octubre 27 del 2000.
- ¹⁸² Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 23-24 del 2000, at 32.

¹⁸³ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 23-24 del 2000, at 31.

¹⁸⁴ Amended Petition to the Court, In the Supreme Court of British Columbia, Re: Sections 30, 31, 42 of the Commercial Arbitration Act, RSBC 1996, c. 55 and in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementario del CIADI, case number ARB(AF)/97/1, octubre 27 del 2000.

¹⁸⁵ British Columbia Commercial Arbitration Act R.S.B.C. 1996 c.5 y la British Columbia International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996 c233. El juez Tysoe dictaminó que el grado al que el podía intervenir en el caso estaba restringido por los términos de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁸⁶ Argumentos de la sentencia del honorable Juez Tysoe, *los Estados Unidos Mexicanos v. Metalclad Corporation*, Suprema Corte de la Columbia Británica, mayo 2, 2001, página 26-27.

¹⁸⁷ Argumentos de la sentencia del honorable Juez Tysoe, *los Estados Unidos Mexicanos v. Metalclad Corporation*, Corte Suprema de Columbia Británica, mayo 2, 2001, página 29.

¹⁸⁸ Argumentos de la Sentencia del honorable Juez Tysoe, *los Estados Unidos Mexicanos v. Metalclad Corporation*, Suprema Corte de la Columbia Británica, mayo 2, 2001, página 47-48.

¹⁸⁹ "México Will Appeal Metalclad Award Again", *PR Newswire Association, Inc.*, mayo 24 de 2001.

¹⁹⁰ Evelyn Iritani, "Metalclad TLCAN Dispute is Settled," *Los Angeles Times*, junio 14, 2001.

¹⁹¹ Adriana Ochoa, "Rechaza SLP Restituir 16 MDD a la Federacion," *El Universal*, abril 2, 2002.

¹⁹² Carlos Aviles, "Corte anula descuento a recursos federales para gobierno de San Luis Potosí," *El Universal*, marzo 5, 2004.

¹⁹³ Laudo, ante el Tribunal Arbitral constituido conforme al capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, agosto 25, 2000, página 33.

¹⁹⁴ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (Mecanismo Complementario): *Metalclad Corp. v. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB(AF)/97/1 (2000), reimpresso en *40 I.L.M.* 36, enero 2001, página 15.

¹⁹⁵ Matthew C. Porterfield, "International Expropriation Rules and Federalism," *23 Stan. Envtl. L. J.* 3, enero 2004 página 55, y n. 274.

¹⁹⁶ En la Corte Suprema de Columbia Británica, entre Estados Unidos Mexicanos y Metalclad Corporation, Reasons for Judgement of the Honourable Mr. Justice Tysoe, mayo 2de 2001, at 35.

¹⁹⁷ Carta de la Asociación Nacional de Condados al Representante Comercial de EE.UU., marzo 21 de 2002, en archivos de Public Citizen.

¹⁹⁸ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 33-34.

¹⁹⁹ Stephen L. Kass y Jean McCarroll, "The Metalclad Decisión Under NAFTA Chapter 11", *New York Law Journal*, octubre 27 del 2000.

²⁰⁰ Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25 del 2000, at 35-36.

²⁰¹ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en el marco del artículo 1119 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, octubre 1, 2001, disponible en el sitio:

http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Gami/documentos_basicos/aviso_de_intencion.pdf

²⁰² Corn Products International, "Company Overview," citada, 8 de julio, 2004, disponible en el sitio:

cornproducts.com/CompanyOverview.shtml.

²⁰³ Aviso de reclamación solicitando arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, conforme al capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sobre solución de controversias relativas a inversiones, *Corn Products International v. The Government of the United Mexican States*, octubre 21, 2003. Disponible en el sitio http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Corn/documentos_basicos/notificacion_de_intencion_ingles.pdf

²⁰⁴ ADM World, "Investor Relations," citado en noviembre 24, 2004, disponible en el sitio: www.admworld.com/eng/ir/, en el registro de Public Citizen.

²⁰⁵ El caso de fijación de precios fue un juicio colectivo entablado por importantes productores de alimentos y bebidas que compraban HFCS a ADM y los otros cuatro grandes productores estadounidenses del edulcorantes. Los litigantes reclamaron una indemnización de US\$ 1,6 mil millones por daños y perjuicios, alegando que los productores de HFCS conspiraron a fijar los precios más altos de lo que hubieran sido en caso contrario, y colocaron volúmenes de venta infringiendo la Ley Anti-Trust de Sherman. Además, tres ex-jerarcas de ADM fueron procesados en 1996 por otros actos

de conspiración que involucraban fijación de precios en las industrias de lisina y ácido cítrico. “ADM in Settlement in Corn Syrup Case,” *Reuters*, junio. 18, 2004.

²⁰⁶ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Archer Daniels Midland Company y A.E. Staley Manufacturing Company, v. El Gobierno de los Estados Unidos de México*, octubre 13, páginas 2-3, en archivos de Public Citizen.

²⁰⁷ Robert Knapp, “Mexico and Sugar: Historical Perspective,” Informe del Servicio Agrícola del Exterior, Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, julio 2004, página 1, disponible en el sitio: www.fas.usda.gov/http/sugar/2004/History%20of%20sugar%20dispute%20final.pdf.

²⁰⁸ Laudo final en el Procedimiento conforme al Capítulo 11 del TLCAN y el reglamento de arbitraje de CMNUDI, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, 15 de noviembre, 2004, disponible en el sitio: www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Gami/escritos/GAMI_english.pdf

²⁰⁹ Erick Knepper, David B. Schweikhardt, Kelley Cormier and Juan Estrada, “Collision Course: The Looming Contradictions of U.S. Sugar Policy,” *Choices: The Magazine of Food, Farm and Resource Issues*, Vol. 16, No. 3, setiembre. 22, 2001; www.findarticles.com/p/articles/mi_m0HIC/is_3_16/ai_80848249 NAFTA, Chapter 7 (Agriculture and Sanitary and Phytosanitary Measures), Section A (Agriculture), Article 703 Market Access, disponible en el sitio : www-tech.mit.edu/Bulletins/Nafta/07.agro.

²¹⁰ Kenneth Shwedel and Alejandro Ampudia, “Trade Disputes in an Unsettled Industry: Mexican Sugar,” en *Keeping the Borders Open*, R.M.A. Lyons, Karl Meilke, Ronald D. Knutson and Antonio Yunez-Naude, eds. Proceedings of the Eighth Agricultural and Food Policy Systems Information Workshop. Winnipeg, Canada: Friesen Printers, enero 2004, página 362.

²¹¹ Gilbert A. Lewthwaite, “The Sugar Lobby’s Sweet NAFTA Deal,” *Baltimore Sun*, noviembre 1993.

²¹² Remy Jurenas, “Sugar Policy Issues,” Congressional Research Service, Issue Brief for Congress, julio 20, 2004, página 13.

²¹³ Kenneth Shwedel and Alejandro Ampudia, “Trade Disputes in an Unsettled Industry: Mexican Sugar,” in *Keeping the Borders Open*, R.M.A. Lyons, Karl Meilke, Ronald D. Knutson and Antonio Yunez-Naude, eds. Proceedings of the Eighth Agricultural and Food Policy Systems Information Workshop. Winnipeg, Canadá: Friesen Printers, enero 2004, páginas 356-57, disponible en el sitio : <http://pdic.tamu.edu/flags/shwedel.pdf>

²¹⁴ Elisabeth Malkin, “In Mexico, Sugar vs. U.S. Corn Syrup,” *New York Times*, Jun. 9, 2004.

²¹⁵ El *dumping* supuestamente es ilegal conforme al artículo 6 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), lo que se extrapola con amplitud en un Acuerdo de la OMC sobre Subsidios y Medidas Compensatorias. Sin embargo, si bien el número de casos presentados en el marco de este acuerdo de la OMC es significativo, se trata de un proceso muy costoso y el cobro de los derechos anti-dumping, conocidos como derechos compensatorios, es muy difícil.

²¹⁶ Organización Mundial del Comercio, *Mexico – High Fructose Corn Syrup*, WT/DS132/R, adoptado el 24 de febrero de 2000. Informe del Panel, enero 28, 2000.

²¹⁷ Robert Knapp, “Mexico and Sugar: Historical Perspective,” U.S. Department of Agriculture, Foreign Agricultural Service report, Jul. 2004, página 1, disponible en el sitio : www.fas.usda.gov/http/sugar/2004/History%20of%20sugar%20dispute%20final.pdf.

²¹⁸ Kenneth Shwedel and Alejandro Ampudia, “Trade Disputes in an Unsettled Industry: Mexican Sugar,” in *Keeping the Borders Open*, R.M.A. Lyons, Karl Meilke, Ronald D. Knutson and Antonio Yunez-Naude, eds. Proceedings of the Eighth Agricultural and Food Policy Systems Information Workshop. Winnipeg, Canadá: Friesen Printers, enero 2004, página 352.

²¹⁹ Laudo final en el procedimiento conforme al capítulo 11 del TLCAN y los reglamentos de arbitraje de la CMNUDI, *GAMI Investments, Inc. v. México*, noviembre 15, 2004.

²²⁰ John McQuaid, “Sugar Deal that Landrieu Cited Still Unrefined; U.S.-Mexico Quota Talks ‘Bogged Down’,” *Times-Picayune*, mayo 12, 2003.

²²¹ Organización Mundial del Comercio, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/1, marzo 18, 2004.

²²² Elisabeth Malkin, “In Mexico, Sugar vs. U.S. Corn Syrup,” *New York Times*, junio 9, 2004.

²²³ Aviso de Reclamación, *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, abril 9 de 2002, disponible en http://www/economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Gami/documentos_basicos/aviso_de_reclamacion.pdf

²²⁴ Aviso de Reclamación, *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, abril 9 de 2002, página 8.

²²⁵ Corn Products International, “Corn Products International, Inc. Submits Arbitration Claim Concerning HFCS Tax in Mexico,” News Release, octubre 21, 2003, disponible en el sitio : <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=77278&p=irol-newsArticle&t=Regular&id=460572&>

²²⁶ Corn Products International, “Corn Products International, Inc. Submits Arbitration Claim Concerning HFCS Tax in Mexico,” artículo de prensa, octubre 21, 2003.

-
- ²²⁷ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Archer Daniels Midland Company and A.E. Staley Manufacturing Company, v. Government of the United Mexican States*, octubre 13, 2003.
- ²²⁸ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Archer Daniels Midland Company and A.E. Staley Manufacturing Company, v. Government of the United Mexican States*, octubre 13, 2003, página 6.
- ²²⁹ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Archer Daniels Midland Company and A.E. Staley Manufacturing Company, v. Government of the United Mexican States*, octubre 13, 2003, página 9.
- ²³⁰ Laudo Final en Procedimientos conforme al Capítulo 11 del TLCAN y los Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, noviembre 15, 2004 página 12.
- ²³¹ Laudo Final en Procedimientos conforme al Capítulo 11 del TLCAN y los Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, noviembre 15, 2004 páginas 15-17.
- ²³² Laudo Final en Procedimientos conforme al Capítulo 11 del TLCAN y los Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, noviembre 15, 2004 páginas 40-41.
- ²³³ Laudo Final en Procedimientos conforme al Capítulo 11 del TLCAN y los Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, noviembre 15, 2004 páginas 50-51.
- ²³⁴ Laudo Final en Procedimientos conforme al Capítulo 11 del TLCAN y los Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI, *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, noviembre 15, 2004 página 50.
- ²³⁵ Aunque algunos observadores plantean que la decisión del gobierno mexicano en 1996 fue una condición que le impuso EE.UU. discretamente a cambio del llamado salvataje estadounidense del peso mexicano devaluado, parece más probable que los importadores de maíz mexicanos con muy buenas conexiones quisieran importar maíz amarillo más barato de EE.UU. para utilizarlo en productos alimenticios y raciones para animales, en vez de tener que comprar el maíz blanco que tradicionalmente cultivan y consumen los mexicanos.
- ²³⁶ Oxfam International, "Dumping Without Borders: How U.S. Agricultural Policies are Destroying the Livelihoods of Mexican Corn Farmers," documento informativo, agosto. 2003, página 2.
- ²³⁷ Aproximadamente un millón y medio de empleos rurales se han perdido en México debido al TLCAN; incluso en 2002 cuando cerca de 600 mexicanos cada día perdieron sus tierras. Algunas estimaciones prevén que la suma de expulsados de la tierra ascenderá hasta 15 millones cuando el TLCAN se aplique en su totalidad. "The Ten Year Track Record of the North American Free Trade Agreement: U.S., Mexican and Canadian Farmers and Agriculture," Public Citizen's Global Trade Watch: NAFTA at Ten Series, primavera 2004, disponible en el sitio: http://www.citizen.org/documents/NAFTA_10_ag.pdf
- ²³⁸ "Cincuenta mil personas marchan contra el TLC." *EL Universal*, febrero 1, 2003.
- ²³⁹ Robert Knapp, "Mexico and Sugar: Historical Perspective," U.S. Department of Agriculture, Foreign Agricultural Service report, Jul. 2004, página 2.
- ²⁴⁰ Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación Adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios del 22 de Marzo, 1989, Artículo 4 (2) (b) (d).
- ²⁴¹ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 3.
- ²⁴² 15 USC sec. 2601.
- ²⁴³ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 4.
- ²⁴⁴ 61 FR 11096, marzo 18 de 1996.
- ²⁴⁵ *Interim Order to PCBWE, 1990, PCB Waste Export (PCBWE) Regulations, 1996* 1 SOR/90-453 (promulgada el 20 de noviembre de 1995).
- ²⁴⁶ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 5-7.
- ²⁴⁷ Agency for Toxic Substances and Disease Registry, ToxFAQs for Polychlorinated Byphenils, febrero de 2001.
- ²⁴⁸ Agency for Toxic Substances and Disease Registry, ToxFAQs for Polychlorinated Byphenils, febrero de 2001.
- ²⁴⁹ 59 FR 62785, 62877, diciembre 6 de 1994.
- ²⁵⁰ Convención de Basilea sobre el Control del Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos y su Eliminación, aprobada por la Conferencia de los Plenipotenciarios el 22 de marzo de 1989.
- ²⁵¹ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 5-7.
- ²⁵² Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 5.
- ²⁵³ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 9; PCB Waste Export Regulations of 1996 SOR/97-109.
- ²⁵⁴ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 5-7.

Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, junio 18 de 1999, at 9-10.

²⁵⁵ *Sierra Club vs U.S. Environmental Protection Agency, S.D. Myers, et al.*, No. 96-70224 United States Courts of Appeals for Ninth Circuit, noviembre 7 de 1996.

²⁵⁶ Statement of Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, octubre 30 de 1998.

²⁵⁷ Statement of Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, octubre 30 de 1998, at 11.

²⁵⁸ Statement of Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, octubre 30 de 1998, at 12.

²⁵⁹ Statement of Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, octubre 30 de 1998, at 12.

²⁶⁰ Statement of Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, octubre 30 de 1998, at 13.

²⁶¹ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 13 del 2000.

²⁶² Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 13 del 2000, at 64.

²⁶³ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 13 del 2000, at 64.

²⁶⁴ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 13 del 2000, at 57.

²⁶⁵ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 13 del 2000, at 66.

²⁶⁶ Luke Eric Peterson, “Canadian Court Dismisses Judicial Review of NAFTA SD Myers Decision”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, enero 16 de 2003.

²⁶⁷ Luke Eric Peterson, “SD Myers Arbitral Award Set for Judicial Review in Canadian Court”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, octubre 8 de 2003.

²⁶⁸ Luke Eric Peterson, “SD Myers Arbitral Award Set for Judicial Review in Canadian Court”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, octubre 8 de 2003.

²⁶⁹ Luke Eric Peterson, “SD Myers Arbitral Award Set for Judicial Review in Canadian Court”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, octubre 8 de 2003.

²⁷⁰ Luke Eric Peterson, “SD Myers Arbitral Award Set for Judicial Review in Canadian Court”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, octubre 8 de 2003.

²⁷¹ Escrito de la Defensa, en el asunto sometido arbitraje conforme al capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre S.D. Myers y el Gobierno de Canadá, junio 18, 1999, página 10.

²⁷² Todd Weiler, “Foreign Investment Law and the United States: You Can’t Tell the Players without a Score Card,” 37 *Int’l Law*. 279, verano 2003, página 7.

²⁷³ “NAFTA Ruling Goes Against Ottawa”, *The Globe and Mail*, noviembre 14 de 2001.

²⁷⁴ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *S.D. Myers Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, noviembre 13 del 2000, at 22.

²⁷⁵ Canadian Union of Postal Workers, “NAFTA Tribunal Denies Postal Workers and Citizen’s Groups Their Say”, comunicado de prensa, octubre 22 de 2001.

²⁷⁶ Notice of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, abril 19 de 1999, at 2.

²⁷⁷ Notice of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, abril 19 de 1999, at 2.

²⁷⁸ Canada Post Corporation, “Corporate Overview”, disponible en <http://www.canadapost.ca/CPC2/corpc/overview/overview.html>, citado el 16 de abril de 2001.

²⁷⁹ Canada Post Corporation Act (R.S. 1985, c. C-10).

²⁸⁰ Canada Post Corporation, “Corporate Overview”, disponible en <http://www.canadapost.ca/CPC2/corpc/overview/overview.html>, citado el 16 de abril de 2001.

²⁸¹ “Corporate Profile”, Purolator Courier Ltd., disponible en <http://www.purolator.com/about-us/corporate-profile.html>, citado el 27 de abril de 2001.

²⁸² Notice of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, abril 19 de 1999, at 3-4, en archivos de *Public Citizen*.

²⁸³ Notice of Intent to Submit to Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, enero 19 del 2000, at 7-10, en archivos de *Public Citizen*.

²⁸⁴ Notice of Intent to Submit to Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, enero 19 del 2000, at 8, en archivos de *Public Citizen*.

²⁸⁵ Notice of Intent to Submit to Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, enero 19 del 2000, at 10, en archivos de *Public Citizen*.

²⁸⁶ “UPS Files New NAFTA Investment Dispute Case Against Canada”, *Inside U.S. Trade*, abril 28 del 2000.

²⁸⁷ Laudo sobre Jurisdicción en un Arbitraje conforme al capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre United Parcel Service of America Inc. y el Gobierno de Canadá, noviembre 22, 2002, página 31.

²⁸⁸ “Beef Producers File Mad-Cow Claim against U.S.,” *Globe and Mail*, agosto 13, 2004.

²⁸⁹ Los criaderos industriales de ganado de engorde (*feedlot*) compran ganado y lo preparan para el matadero engordándolo en base a una dieta de granos y proteínas.

²⁹⁰ Canadian Cattlemen for Fair Trade Fact Sheet, citado, setiembre 7, 2004, disponible en el sitio: www.ccfinfo, registro de *Public Citizen*.

²⁹¹ Cathy Roemer, “Canadian Cattlemen Sue United States, Compensation at Issue,” *Lee Agri-Media*, diciembre 3, 2004.

²⁹² Cathy Roemer, “Canadian Cattlemen Sue United States, Compensation at Issue,” *Lee Agri-Media*, diciembre 3, 2004.

²⁹³ Esta historia es retomada en 69 FR 42287 (julio 14, 2004).

²⁹⁴ “Have Contaminated Feed Exports Spread BSE Across the Globe?” *New Scientist*, febrero 10, 2001.

²⁹⁵ Emma Ross, “Human Mad Cow Infection May Be More Widespread than Previously Thought,” *Associated Press*, agosto 5, 2004.

²⁹⁶ Aparte de las demás medidas tomadas por el gobierno de EE.UU., la Secretaría de Alimentos y Medicamentos (Food and Drug Administration – FDA) de Estados Unidos prohibió en 1997 el uso de cualquier proteína de origen mamífero – con excepción de proteína pura de cerdo y proteína pura de equino—en los alimentos destinados al ganado vacuno y otros rumiantes (pero no a los cerdos y los pollos). Algunos vacíos legales en esta prohibición de alimentos para animales –que permiten alimentar a los rumiantes con plato de desechos y administrarles sangre bovina a los becerros como alimento, así como la posibilidad de que los productores alimenten incorrectamente al ganado vacuno con alimentos para cerdos y pollos (que puede contener proteína vacuna)—siguen representando serios riesgos de exposición para los consumidores estadounidenses. La FDA anunció en 2003 que eliminaría estas lagunas pero todavía no lo ha hecho.

²⁹⁷ En esa instancia, los Estados Unidos permitieron que Canadá mantuviera su condición como libre de EEB y no cerraron la frontera a las importaciones canadienses. Con la misma lógica, ahora argumentan que los Estados Unidos son un país libre de EEB y solicitan a sus socios comerciales que no cierren sus fronteras a la carne y el ganado estadounidense.

²⁹⁸ 68 FR 31939 (mayo 29, 2003).

²⁹⁹ USDA “Veneman Announces that Import Permit Applications For Certain Ruminant Products from Canada Will Be Accepted,” comunicado de prensa No.0281.03, agosto 8, 2003. Veneman anunció que el USDA no seguiría prohibiendo la importación de productos de rumiantes silvestres producto de la caza destinados al uso personal y que aceptaría solicitudes de permisos de importación para algunos productos desde Canadá, incluyendo: ovinos sin hueso o carne de cabra proveniente de animales menores de 12 años de edad; carne bovina sin hueso de ganado menor de 30 meses de edad; carne de terneros sin hueso provenientes de ejemplares menores de 36 semanas de edad en el frigorífico; hígado vacuno congelado o fresco, vacunas de uso veterinario para no rumiantes; y productos para mascotas e ingredientes de alimentos de animales que contengan proteína animal procesada y grasa animal de no rumiantes si se producen en instalaciones con líneas de producción dedicadas. En este momento algunos científicos consideraban muy improbable que el ganado menor de 30 tuviese la enfermedad, dado su largo tiempo de incubación, y que era muy poco probable que los cortes de carne sin hueso incluyeran el tejido cerebral y nervioso que se considera el más peligroso.

³⁰⁰ USDA “Veneman Announces that Import Permit Applications For Certain Ruminant Products from Canada Will Be Accepted,” comunicado de prensa No. 0281.03, agosto 8, 2003.

³⁰¹ 68 FR 62386 (noviembre 4, 2003).

³⁰² Marc Kaufman, “USDA Expands Mad Cow Inquiry, Inspector General to Examine Relaxed Rules on Canadian Beef,” *Washington Post*, julio 3, 2004.

³⁰³ Marc Kaufman, “USDA Expands Mad Cow Inquiry, Inspector General to Examine Relaxed Rules on Canadian Beef,” *Washington Post*, julio 3, 2004.

³⁰⁴ Además, entre los criterios del OIE para obtener la condición sanitaria de ‘riesgo mínimo’ de EEB se encuentra el requisito de que un país que haya tenido un caso de EEB en un animal autóctono dentro de los últimos siete años debe hacer aplicado la prohibición de utilizar derivados de rumiantes en la producción de alimentos para animales durante un período de ocho años. La prohibición de Canadá sobre los derivados de ruminantes en la producción de alimentos para animales fue implementada hace solamente seis años, por tanto Canadá no cumple con los criterios aceptados internacionalmente. Las nuevas reglamentaciones propuestas por el USDA en noviembre de 2003 reducían convenientemente el requisito a un plazo a seis años.

³⁰⁵ El Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU. que regula los alimentos de los animales de consumo humano, ha demorado la implementación de los cambios propuestos para salvaguardar las fuentes de alimento. Después de realizar una conferencia de prensa para anunciar una serie de medidas de emergencia nuevas el 26 de enero de 2004, el

Departamento no emitió finalmente las reglamentaciones de emergencia obligatorias prometidas que hubieran implicado cuatro cambios en la normativa actual de alimentos para animales. La normativa prometida prohibía la sangre de mamíferos y los productos de sangre como fuente de proteínas de alimentos para rumiantes; prohibía el uso de la “cama o yacija avícola” como ingrediente de los alimentos para rumiantes; prohibía el uso del plato de desechos como ingrediente de la alimentación de rumiantes; y minimizaba la posibilidad de contaminación cruzada de alimentos de animales rumiantes y no rumiantes al exigir equipos, plantas o líneas de producción dedicadas a alimentos de no rumiantes si estos utilizan proteínas que están prohibidas en los alimentos de los rumiantes. En lugar de esto, el 14 de julio de 2004, el Departamento emitió una “aviso anticipado de la normativa propuesta” que podría llevar años implementar. Esta capitulación a las presiones de la industria durante el año electoral, de un gobierno que “se mueve con lentitud”, fue titular del *New York Times*. Considerando la condición sanitaria distinta de ambos países respecto de la enfermedad y la omisión continuada de los organismos reguladores de adoptar las medidas recomendadas por los grupos de consumidores y sus propios expertos científicos para proteger al público contra la difusión de este mal, el cierre de frontera sigue siendo una salvaguarda importante de la salud pública.

³⁰⁶ 69 FR 10633 (marzo 8, 2004).

³⁰⁷ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004.

³⁰⁸ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004.

³⁰⁹ Este sistema de trazabilidad podría hacerse posible, si el USDA avanzara en la implementación del Sistema de Rotulado con País de Origen exigido por la Ley Agrícola de 2002, Lamentablemente, el USDA ha estado trabajando para transformar en voluntario este programa obligatorio, y todavía no ha implementado la norma que se promulgó en septiembre de 2004.

³¹⁰ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 14.

³¹¹ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 16.

³¹² “Beef Producers File Mad-Cow Claim Against U.S.,” *Globe and Mail*, agosto 13, 2004.

³¹³ “Canadian Cattle Industry Takes Action Against U.S. Ban on Live Cattle,” *Inside US Trade*, agosto 20, 2004.

³¹⁴ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 14..

³¹⁵ Laudo parcial, en un Arbitraje del TLCAN conforme a los Reglamentos de Arbitraje de la CMNUDI, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, noviembre 13, 2000, páginas 70-71. El panel de S.D. Myers sostuvo que, “Al igual que el Tribunal del caso Pope & Talbot, este Tribunal considera que los redactores del TLCAN pretendieron que la expresión “expropiación indirecta” abarcara el concepto de “expropiación sigilosa”, más que ampliar el alcance internacionalmente aceptado del término expropiación.” Laudo provisional del Tribunal Arbitral en caso de arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Pope & Talbot Inc. y el Gobierno de Canadá, Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, junio 26, 2000, página 38.

³¹⁶ Ver, por ejemplo, Anne Mulhern, “Watchdogs or lap dogs? When advocates become regulators President Bush has installed more than 100 top officials who were once lobbyists, attorneys or spokespeople for the industries they oversee,” *Denver Post*, mayo 23, 2004. Phillip Mattera, *USDA, Inc. How Agribusiness Has Hijacked Regulatory Policy at the U.S. Department of Agriculture*, julio 23, 2004, disponible en el sitio : www.agribusinessaccountability.org/page/325/1.

³¹⁷ 9 CFR 94.18 (a) (1).

³¹⁸ 9 CFR 92.2.

³¹⁹ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 10.

³²⁰ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 12.

³²¹ Ganaderos Canadienses por el Comercio Justo (CCFT), hoja de datos, citada, septiembre. 7, 2004, disponible en el sitio: www.ccft.info, en el registro de Public Citizen.

³²² For a list of countries that Canada imports from see, Canada info: <http://www.inspection.gc.ca/english/anima/heasan/disemala/bseesb/bsefage.shtml>.

-
- ³²³ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 15.
- ³²⁴ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 11.
- ³²⁵ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje en conformidad con la sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Cor Van Raay, et. al. v. el Gobierno de los Estados Unidos de América*, agosto 12, 2004, página 9.
- ³²⁶ Secretaría de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos, “FDA Statement on Rendered Products Derived From BSE Cow in Washington State,” comunicado de prensa, diciembre 27, 2003.
- ³²⁷ Sitio Web de CBC Noticias, “BSE-Infected Cow May Have Gotten into Animal Feed,” octubre 1, 2004.
- ³²⁸ David Waskow, Amigos de la Tierra, communication with Public Citizen, febrero 15, 2005, on file with Public Citizen.
- ³²⁹ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje, conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, julio 21, 2003, página 2.
- ³³⁰ 30 U.S.C. § 22.
- ³³¹ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje, conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, julio 21, 2003, página 5.
- ³³² Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 2.
- ³³³ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje, conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, julio 21, 2003, página 4.
- ³³⁴ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 5.
- ³³⁵ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 5.
- ³³⁶ Heap-leaching is a technique for extracting microscopic gold ore through the process of saturating a pile (heap) of crushed and agglomerated gold-bearing rock with a weak cyanide solution and collecting the resulting gold-bearing solution.
- ³³⁷ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 2.
- ³³⁸ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 2.
- ³³⁹ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 5.
- ³⁴⁰ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 2.
- ³⁴¹ Oficina del Gobernador del Estado de California, “Governor Davis Signs Legislation to Stop Proposed Gold Mine Near ‘Trail of Dreams’ Sacred Site,” Artículo de prensa, abril 7, 2003.
- ³⁴² Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 2.
- ³⁴³ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 6.
- ³⁴⁴ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 6.
- ³⁴⁵ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 6.
- ³⁴⁶ “Honduran Villagers Battle Over Canada-owned mine,” *Planet Ark*, noviembre 29, 2002.
- ³⁴⁷ “Glamis Gold Unit Hit by Honduras Protest,” *Reuters*, octubre 21, 2002.
- ³⁴⁸ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 2.
- ³⁴⁹ Amigos de la Tierra, “Glamis Gold: A Case Study of Investing in Destruction,” Documento, agosto 2003, página 2.
- ³⁵⁰ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 8.
- ³⁵¹ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 8.
- ³⁵² Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 8.

-
- ³⁵³ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 10.
- ³⁵⁴ Notificación de Intención de Recurrir al Mecanismo de Arbitraje conforme a la sección B del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, julio 21, 2003, página 11.
- ³⁵⁵ Oficina del Gobernador del Estado de California, “Governor Davis Signs Legislation to Stop Proposed Gold Mine Near ‘Trail of Dreams’ Sacred Site,” Artículo de prensa, abril 7, 2003.
- ³⁵⁶ Ver, Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003.
- ³⁵⁷ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 10.
- ³⁵⁸ Notificación de arbitraje conforme a los reglamentos de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States*, diciembre 9, 2003, página 10.
- ³⁵⁹ Mike McKee, “Skirting the Law: Under NAFTA, Foreign Companies Can Avoid American Courts,” *The Recorder*, febrero 24, 2004.
- ³⁶⁰ Laudo Provisional del Tribunal Arbitral, en el Caso de Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Pope & Talbot Inc. y el Gobierno de Canadá, Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, junio 26, 2000, página 37; Laudo, ante el Tribunal Arbitral constituido conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Metalclad Corporation v. the United Mexican States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), agosto 25, 2000, página 33.
- ³⁶¹ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 3.
- ³⁶² Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 3.
- ³⁶³ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 3.
- ³⁶⁴ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 3.
- ³⁶⁵ Escrito detallado de la Demanda de la Demandante International Thunderbird Gaming Corporation, Arbitraje del TLCAN conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las reglas de la CNUDMI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 15, 2003, página 11.
- ³⁶⁶ Barnard R. Thomson, “Mexico Could Re-Authorize Casinos After 70-year Prohibition,” *Gamble Tribune*, agosto 31, 2004.
- ³⁶⁷ “Vegas, South and by the Sea,” *The Economist*, abril 5, 2003.
- ³⁶⁸ “Vegas, South and by the Sea,” *The Economist*, abril 5, 2003.
- ³⁶⁹ Escrito detallado de la Demanda de la Demandante International Thunderbird Gaming Corporation, Arbitraje del TLCAN conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las reglas de la CNUDMI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 15, 2003, página 9.
- ³⁷⁰ Ver, por ejemplo, Wis. Stat. § 945.01 (2003) que dice: (3) MÁQUINA DE JUEGO DE AZAR (a) Una máquina de juego de azar es un aparato que ofrece al jugador una oportunidad de obtener algo de valor, que le sera adjudicado como premio mediante determinación del azar, incluso aunque se acompañe de cierta habilidad y sin importar si el premio es pago o no en forma automática por parte de la máquina.
- ³⁷¹ Escrito detallado de la Demanda de la Demandante International Thunderbird Gaming Corporation, Arbitraje del TLCAN conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las reglas de la CNUDMI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 15, 2003, página 11.
- ³⁷² Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 3.
- ³⁷³ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 4.

-
- ³⁷⁴ Escrito detallado de la Demanda de la Demandante International Thunderbird Gaming Corporation, Arbitraje del TLCAN conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las reglas de la CNUDMI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 15, 2003, página 17.
- ³⁷⁵ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 8.
- ³⁷⁶ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 6-7.
- ³⁷⁷ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 8.
- ³⁷⁸ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 8.
- ³⁷⁹ Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *International Thunderbird Gaming Corporation c. el Gobierno de México*, agosto 1, 2002, página 8.
- ³⁸⁰ Laudo, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Marvin Feldman v. Mexico*, diciembre 16, 2003, páginas 2-3.
- ³⁸¹ Notificación de Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Marvin Roy Feldman Karpa v. the Government of the United Mexican States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 1999, página 7.
- ³⁸² Notificación de Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Marvin Roy Feldman Karpa v. the Government of the United Mexican States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 1999, página 7-9.
- ³⁸³ Notificación de Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Marvin Roy Feldman Karpa v. the Government of the United Mexican States*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 1999, página 10.
- ³⁸⁴ Award, *Marvin Feldman v. Mexico*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Dec. 16, 2003, página 59.
- ³⁸⁵ Laudo, *Marvin Feldman v. Mexico*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Dec. 16, 2003, página 71.
- ³⁸⁶ Laudo, *Marvin Feldman v. Mexico*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Dec. 16, 2003, página 73.
- ³⁸⁷ Laudo, *Marvin Feldman v. Mexico*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Dec. 16, 2003, páginas 73-74.
- ³⁸⁸ Laudo, *Marvin Feldman v. Mexico*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Dec. 16, 2003, página 88.
- ³⁸⁹ Mexico's Notice of Application for Annulment of the Award between United Mexican States and Marvin Roy Feldman Karpa, Ontario Superior Court of Justice, court file no. 03-CV-23500, Mar. 13, 2003.
- ³⁹⁰ Laudo en el caso de Arbitraje conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio entre Marvin Roy Feldman Karpa y los Estados Unidos Mexicanos, Caso del CIADI No. ARB (AF)/99/1, *Additional Facility*, Corte Superior de Justicia de Ontario, diciembre. 3, 2003.
- ³⁹¹ Luke Eric Peterson, "Second Canadian court declines to overturn NAFTA Feldman v. Mexico decision," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, enero 21, 2005.
- ³⁹² The date is known from the Arbitral Award, Between Waste Management, Inc. and the United Mexican States, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Additional Facility), Jun. 2, 2000, página 229. No other documents are publicly available.
- ³⁹³ Notice of Arbitration, *Waste Management v. The Government of the United Mexican States*, Sep. 18, 2000.
- ³⁹⁴ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 13.
- ³⁹⁵ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 13.
- ³⁹⁶ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 15.
- ³⁹⁷ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 18.
- ³⁹⁸ Mexico's Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings – Decision of the Tribunal, *Waste Management, Inc. v. the United Mexican States*, Jun. 26, 2002, página 11.

-
- ³⁹⁹ Mexico's Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings – Decision of the Tribunal, *Waste Management, Inc. v. the United Mexican States*, Jun. 26, 2002, página 14.
- ⁴⁰⁰ Mexico's Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings – Decision of the Tribunal, *Waste Management, Inc. v. the United Mexican States*, Jun. 26, 2002, página 18.
- ⁴⁰¹ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 66.
- ⁴⁰² Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 37.
- ⁴⁰³ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 39.
- ⁴⁰⁴ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 40.
- ⁴⁰⁵ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 40.
- ⁴⁰⁶ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 48.
- ⁴⁰⁷ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 48.
- ⁴⁰⁸ Laudo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, abril 30, 2004, página 48.
- ⁴⁰⁹ Luke Peterson, "Tribunal Rejects Waste Management's NAFTA Claims," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, junio 11, 2004.
- ⁴¹⁰ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, *Bayview Irrigation District et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, agosto 27, 2004, página 1.
- ⁴¹¹ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, *Bayview Irrigation District et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, agosto 27, 2004, página 3.
- ⁴¹² Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, *Bayview Irrigation District et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, agosto 27, 2004, página 8.
- ⁴¹³ Kurt Fernandez, "Agriculture Interests in Rio Grande Valley To Announce NAFTA Claim Against Mexico," *Regulation and Law*, agosto 27, 2004.
- ⁴¹⁴ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje Conforme a la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, *Bayview Irrigation District et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, agosto 27, 2004, página 5.
- ⁴¹⁵ "Texas Farmers Want NAFTA Panel to Make Mexico Pay \$500 million for Water," *Canadian Press*, Sep. 10, 2004.
- ⁴¹⁶ Luke Peterson, "Changing Investment Litigation, Bit by BIT," *Bridges Between Trade and Sustainable Development*, No. 4, mayo 2001.
- ⁴¹⁷ PROESA, "Antonio Saca's Election to Salvadorian Presidency Means a Continuation of Pro-Business, Pro-U.S. Policies," *Investment News from El Salvador*, 19 de abril, 2004, citado el 28 de diciembre, 2004, disponible en http://www.proesa.con.sv/bulletins/2004_04.htm.
- ⁴¹⁸ Ver, Mary Hallward-Driemeier, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?," The World Bank, junio 2003.
- ⁴¹⁹ Ver, Jennifer Tobin y Susan Rose-Ackerman, "Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries," Yale University, 29 de septiembre, 2004.
- ⁴²⁰ Ver, *forthcoming*: Kevin Gallagher, "The Determinants of FDI: Do BITs Matter?," *Global Development and Environment Institute*, Tufts University, 2005.
- ⁴²¹ Ver, Enrique Dussel Peters, *Polarizing Mexico: The Impact of Liberalization Strategy*, Chapter 5 Foreign Investment and Liberalization Strategy, Lynne Reiner Publishing, Boulder, Colorado, 2000.
- ⁴²² Juan Forero, "As China Gallops, Mexico Sees Factory Jobs Slip Away," *New York Times*, 3 de septiembre, 2003.
- ⁴²³ Padma Mallampally y Karl Sauvart, "Foreign Direct Investment in Developing Countries," *Finance and Development*, marzo 1999.
- ⁴²⁴ Mary Hallward-Driemeier, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?," The World Bank, junio 2003, página 9.
- ⁴²⁵ Mary Hallward-Driemeier, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?," The World Bank, junio 2003, página 9.
- ⁴²⁶ Nagesh Kumar, "Performance Requirements as Tools of Development Policy: Lessons from Experiences of Developed and Developing Countries for the WTO Agenda on Trade and Investment," Discussion Paper, Research and Information System for the Non-Aligned and Other Developing Countries (RIS), junio 2003, página 3-4.
- ⁴²⁷ For a review of recent studies see, Nagesh Kumar, "Performance Requirements as Tools of Development Policy: Lessons from Experiences of Developed and Developing Countries for the WTO Agenda on Trade and Investment," Discussion Paper, Research and Information System for the Non-Aligned and Other Developing Countries (RIS), junio 2003, página 8-14.
- ⁴²⁸ Luke Eric Peterson, "Slovakia Ordered to Pay \$800 million by ICSID Tribunal," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de enero, 2005.
- ⁴²⁹ Luke Eric Peterson, "Slovakia Ordered to Pay \$800 million by ICSID Tribunal," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de enero, 2005.

⁴³⁰ Luke Peterson, “Czech Republic Hit with Massive Compensation Bill in Investment Treaty Dispute,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de marzo, 2003. In the Czech media case, it is noteworthy that CME’s major shareholder, a U.S. citizen, had first tried and failed to win an arbitral award under the terms of a U.S.-Czech BIT. The fact that CME was granted a second bite at the apple by another BIT tribunal, illustrates the significant advantages large multinational firms have when they possess a diverse nationality of shareholders to qualify as “harmed investors” and when a single firm can be incorporated in many nations. This combination of factors allows creative corporations to take advantage of many possible combinations of “investors” and many different sets of “investor protections”.

⁴³¹ Luke Peterson, “Czech Republic Hit with Massive Compensation Bill in Investment Treaty Dispute,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de marzo, 2003.

⁴³² Luke Peterson, “Occidental Wins Investment Arbitration Against Ecuador; Ecuador Vows ‘Appeal’”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 16 de julio, 2004.

⁴³³ Submission on Costs of the Respondent United States of America, In the Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between, *Methanex Corporation v. the United States of America*, United Nations Commission on International Trade Law, 19 de julio, 2004, página 11.

⁴³⁴ UNCTAD, Occasional Note: International Investment Disputes on the Rise, 29 de noviembre, 2004, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2, página 4

⁴³⁵ UNCTAD, Occasional Note: International Investment Disputes on the Rise, 29 de noviembre, 2004, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2, página 3.

⁴³⁶ Edward J. Sullivan y Kelly D. Connor, “Making the Continent Safe for Investors – NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution,” *36 Urb. Law.* 99, invierno 2004, página 117.