



Taller público sobre el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) organizado por el Comité Consultivo Público Conjunto (CCPC) de la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) de América del Norte

**24 de marzo de 2003
Ciudad de México**

Acta resumida

El Comité Consultivo Público Conjunto (CCPC) de la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) efectuó un taller público sobre el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el 24 de marzo de 2003 en la Ciudad de México, organizado en paralelo con el segundo Simposio de América del Norte sobre Evaluación de los Efectos Ambientales del Comercio.

Los documentos y recomendaciones del CCPC al Consejo sobre el tema pueden solicitarse a la Oficial de Enlace con el CCPC o en el sitio de Internet de la CCA: <<http://www.cec.org>>.

NOTA SOBRE RESPONSABILIDAD: Aunque el presente resumen se preparó con todo cuidado, los lectores deben tomar nota de que el mismo no fue revisado ni aprobado por los participantes y, por tanto, puede no reflejar con toda exactitud sus declaraciones.

Introducción

El presidente del CCPC dio la bienvenida a los participantes y abrió la sesión pidiendo a los miembros del Comité que se presentaran. Ofreció también un breve resumen de las actividades previas del CCPC en este asunto, incluida una primera recomendación al Consejo en marzo de 2002 y una segunda luego de una sesión pública del Comité sobre la cuestión, efectuada junto con la sesión ordinaria del Consejo de la CCA en junio de 2002. Explicó, por último, que el taller se organizó de manera que se maximizara la interacción entre la ciudadanía y el CCPC. Véase en el anexo A la Recomendación al Consejo 03-01 sobre la búsqueda de equilibrio entre los intereses de la ciudadanía y los inversionistas en la aplicación del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Pidió a continuación a **Aaron Cosby**, consultor decano del Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, que hiciera una presentación general del documento de antecedentes que preparó para esta sesión.

Cosby felicitó de entrada al CCPC por su tenacidad al abordar este asunto. Explicó a continuación que su organización comenzó a trabajar en el tema en 1999 y publicó su primera guía de autor sobre los problemas ambientales en un libro titulado “Derechos privados, problemas públicos”. Su organización pidió también hacer una presentación de “amigo del tribunal” en el caso *Methanex*. La organización está desarrollando un interés creciente en el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas y se está centrando en las posibilidades que los acuerdos sobre inversión pueden abrir para el fomento del desarrollo sustentable.

Presentó enseguida el documento “El capítulo 11 del TLCAN y el medio ambiente: documento de discusión para el taller público del Comité Consultivo Público Conjunto de la Comisión para la Cooperación Ambiental” que se distribuyó entre los participantes antes de la sesión. Véase en el anexo B el texto del documento.

El presidente del CCPC agradeció a Cosby, destacó que el objetivo del documento fue presentar los temas e identificar posibles soluciones y pidió a los miembros sus comentarios.

Un miembro del CCPC preguntó si se había invitado a los gobiernos; el presidente del CCPC contestó que sí: el gobierno mexicano había planeado enviar un representante, pero el gobierno de EU pidió que su participación se organizara por vía conferencia telefónica, lo cual no fue posible por razones logísticas. Canadá informó a los organizadores unos cuantos días antes de la sesión que ellos también podrían participar únicamente vía conferencia telefónica.

Otro miembro del CCPC pidió más información sobre otras investigaciones sobre el tema, con el fin de ayudar al Comité a obtener una mayor comprensión sobre la posible contribución de la CCA a este complejo y controvertido asunto.

Cosbey explicó que es mucho lo que se ha hecho desde la perspectiva de las implicaciones del derecho público, pero no así en cuanto a las implicaciones ambientales, campo en el que hace falta más trabajo. En aras de la justicia indicó también que no todos comparten su punto de vista; otros argumentan que no existe suficiente jurisprudencia para apoyar una posición tajante sobre los efectos del capítulo 11 en la reglamentación ambiental interna o la política pública.

Primera sesión: Temas relacionados con la expropiación, el trato no discriminatorio, los requisitos de desempeño y las normas mínimas internacionales de trato

El presidente del CCPC abrió la sesión presentando las siguientes preguntas para estimular la discusión:

- ¿En qué momento la reglamentación de buena fe se convierte en expropiación?
- ¿Es problemático el apropiarse del principio de no discriminación derivado del contexto comercial?
- ¿En qué circunstancias la prohibición de importaciones puede considerarse un requisito de desempeño?
- ¿Qué tan amplia puede ser la definición de las normas de trato mínimo internacionales?

Entre los comentarios del CCPC y el público figuraron:

- ¿Puede el requisito de compras locales ser considerado un requisito de desempeño o una condición para el acceso de inversión extranjera? Se trata de una condición, por ejemplo que se aplica también a empresas internas. Además, en Canadá, hay circunstancias en el contexto de los tratados con las comunidades indígenas, en las que la compra de bienes y servicios locales es un requisito protegido por los tratados.

- Las prohibiciones mayores pueden constituir requisitos de desempeño, pero la cuestión importante gira en torno a la protección de la diversidad biológica y la salud humana (la colza tratada con lindano, por ejemplo).
- Las audiencias de los tribunales son cerradas. Si las “presentaciones de amigos del tribunal” se convierten en característica común de estas audiencias, ello ayudará a presentar en el diálogo la perspectiva de la política pública, pero no aborda adecuadamente la cuestión de la transparencia y la rendición de cuentas. Es únicamente una solución parcial.
- No debe alimentarse mucho optimismo en cuanto a las oportunidades de contribuciones ciudadanas en el proceso del ALCA como vía para mejorar el proceso del TLCAN.
- ¿Hacia dónde se orientan los actuales casos? ¿Se está desarrollando una tendencia hacia decisiones no previstas por los negociadores originales del TLCAN? ¿Existe jurisprudencia suficiente a la fecha para permitir una evaluación?
- No hay excepciones ambientales (exclusiones) en el capítulo 11 del TLCAN en su conjunto.
- En lugar de atender interpretaciones de disposiciones específicas, podría ser más productivo establecer mecanismos en el proceso de arbitraje para sacar adelante asuntos de política pública.
- ¿Se ha eclipsado a la política pública? Veamos de manera creativa las formas en que la CCA puede contribuir a resolver el *impasse*. ¿Puede o debe la CCA buscar una función para sí misma en el proceso de arbitraje? De una manera más amplia, ¿hay un lugar para que la CCA se inserte en las discusiones del ALCA? Cosbey respondió que no hay una función prevista para la CCA en la Comisión de Libre Comercio o el tribunal del capítulo 11. La vía es a través del artículo 10(6) del ACAAN. En cuanto al ALCA, los puntos de entrada son muy limitados. La CCA puede encargar investigaciones y poner los resultados a disposición de los negociadores.
- Analizar las oportunidades de aprovechar las negociaciones de acuerdos comerciales bilaterales, por ejemplo el acuerdo de libre comercio EU-Chile, para subir el nivel.
- Nos hace falta “el arma del crimen”. Quizá el razonamiento utilizado por el tribunal en el caso de *Metalclad* lo sea. Sí, hubo una expropiación, pero el razonamiento fue terrible. Veamos las implicaciones para las emisiones de carbono en término de los topes de Kioto.
- Este es el segundo evento público organizado por el CCPC. Ambos han presentado un solo lado del debate. El CCPC debe tener en cuenta que no hay para nada un consenso respecto del impacto de los casos del capítulo 11. Se trata de casos de gran dimensión y, debido a la falta de acceso a documentos, sólo es posible un análisis parcial. El CCPC está sirviendo mal a la ciudadanía. Necesitamos investigación académica más objetiva. Lo que se está presentando es un “punto de vista”, no hechos.
- Los recursos internos podrían también ser una opción. El fallo de la suprema corte de alguno de los países podría también tener un efecto profundo.
- Debemos ser proactivos. Existe ya una parálisis regulatoria, previa incluso del capítulo 11. La investigación centrada en una perspectiva de evaluación de riesgo sería de un gran valor como ejercicio.
- Se trata de un asunto en extremo complejo. No hay consenso respecto de su resultado. No obstante, la falta de transparencia es un problema claro. La CLC no tiene una cultura de desarrollo sustentable. Ello debe promoverse por medio de la CCA vía el artículo 10(6) como mandato y como obligación. Es necesario considerar la elaboración de directivas no obligatorias para los tribunales.

- Es necesario distinguir entre mala legislación y malos casos. Los tribunales no pueden cambiar la legislación; sólo pueden asignar compensación.
- Es mejor evitar las definiciones. Cada caso es diferente. La aplicación de la legislación es el punto, no el propósito de la legislación. No hay una parálisis regulatoria en Estados Unidos, país que cuenta con el sistema de protección ambiental más avanzado del planeta.
- Considerar la creación de un grupo permanente de expertos. El preámbulo del TLCAN contiene la justificación para incluir al desarrollo sustentable como un tema a consideración de los tribunales. Es necesario clarificar la fuerza de que disponen en la rectoría de las disposiciones del TLCAN, incluido el capítulo 11.
- Tenemos muchos casos específicos en se está desarrollando legislación específica del GATT.

Segunda sesión: Posibles parámetros de excepción ambiental, de salud y seguridad para protección de las Partes

El presidente del CCPC abrió la sesión planteando las siguientes preguntas para estimular la discusión:

- ¿Cuáles son los factores en favor y en contra de buscar una cláusula de excepción similar a la del artículo XX del GATT en el capítulo 11?
- ¿Hay lecciones de importancia derivadas de la experiencia de la OMC?
- ¿Reduce el concepto de excepciones derechos soberanos que ya existen (es decir los derechos a regular en bien del interés público)?

Entre los comentarios del CCPC y el público figuraron:

- Si se determina que ha existido una expropiación, ¿hay algún mecanismo ejecutorio? Cosby respondió que ninguno.
- En Canadá no existe protección de la propiedad contra equivalente de embargo. Necesitamos recordar que el contexto legal es muy diferente en cada país.
- Por lo regular la el litigio está fuera de las posibilidades de las compañías más pequeñas, por lo que hasta ahora los casos han involucrado a grandes empresas.
- ¿Puede usarse la prohibición de importaciones como medida de protección, en especial si no existe prohibición interna? En el caso del lindano, se está formando un dilema curioso en el que, actuando con base en un acuerdo internacional (el Convenio COP) puede resultar una carga financiera importante para el país a través de asignación de compensaciones de tribunales del capítulo 11.
- Si la evaluación de riesgo ambiental se efectúa de manera previa, algunos de estos problemas podrían evitarse. Es necesario crear un clima en el que los inversionistas puedan combinar la diligencia debida con la evaluación de riesgo ambiental.
- No es poco frecuente que la prohibición de una importación no esté acompañada de una prohibición interna. Ese es el caso con frecuencia en casos de especies invasoras o enfermedades animales. Las importaciones se prohíben, pero no la producción interna.
- ¿Cuáles son las pruebas de la reglamentación “de buena fe”, o de la legislación, para el caso? ¿Y qué hay de las medidas no regulatorias adoptadas internamente, como la zonificación?
- Es importante comprender que ninguna regulación interna puede aparecer de buena fe cuando el escrutinio se efectúa desde la óptica de un grupo de comercio (prejuicio inherente).

Los compromisos aceptados internamente para aprobar dicha regulación se magnifican. No son solamente las regulaciones ambientales las que están en riesgo, también las de salud. El espectro completo de política pública está en peligro con estos reclamos.

- ¿Sería diferente la respuesta si en los debates que conducen a la aceptación de una regulación interna (compromisos, etcétera) se incluyera una discusión sobre las cuestiones comerciales?
- No, no lo sería; ello se hace ya en el ámbito federal en Canadá. La cuestión de fondo es que se puede regular si así se quiere, pero se tiene que pagar si se afecta una inversión.
- ¿Cuándo se genera la parálisis regulatoria? Por ejemplo, en una disputa con Canadá respecto de empaque, la empresa tabacalera Philip Morris envió una carta amenazando un cuestionamiento en términos del capítulo 11. Nunca sabremos que efecto ello puede tener, en la medida en que todo ocurre a puerta cerrada. El capítulo 11 está siendo usado como un arma para ablandar.
- Estos debates pueden tener también consecuencias positivas en los procesos internos. En Quebec, por ejemplo, la atención de la prensa respecto de las importaciones de residuos peligrosos de EU ha resultado en normas más estrictas para el manejo de dichos residuos.
- La CCA debería comenzar a evaluar la capacidad de los países de aplicar disposiciones del tipo de las del capítulo 11 en el contexto del ALCA. La liberalización del comercio no es un fin en sí, sino un elemento del desarrollo sustentable. Lo que estamos contemplando, sin embargo, es cómo los asuntos comerciales pasan por encima de otros intereses sociales.
- En países no regidos por el cumplimiento de las leyes (tribunales incompetentes o sistemas corruptos), las normas nacionales son frágiles, en beneficio de los inversionistas extranjeros. Parte de la discusión, por tanto, debe ser cómo aumentar la capacidad de los sistemas legales para apoyar la protección ambiental y los derechos humanos: ayudar a fomentar mejoras en los sistemas internos en otros países.
- Los derechos deben estar acompañados de responsabilidades. En muchas instancias, ello requiere de desarrollo de la capacidad.
- En su sesión de junio de 2002 el Consejo de la CCA adquirió el compromiso de fomentar la participación ciudadana en el proceso de la CLC. ¿Qué ha pasado desde entonces? Los intereses ambientales y sociales se están dejando atrás en las discusiones.
- El comercio no debe *eclipsar* los objetivos de política pública. Las reglas de la OMC, por ejemplo, pueden incorporar excepciones.
- Las discusiones actuales en la OMC están cuestionando lo correcto de las excepciones del tipo del artículo XX. Con base en la experiencia, las cuestiones de interpretación se están considerando muy importantes. Cuando se consideran las excepciones deben también tomarse en cuenta los efectos no previstos.
- El artículo XX del GATT es insuficiente para la protección del rango completo de cuestiones de política pública y reglamentación interna. La OMC interfiere de una manera muy fuerte con la capacidad de los gobiernos. Está en surgimiento una estrategia para que el derecho internacional de manera explícita ponga límites a la intrusión de la OMC y para proteger a las naciones contra cuestionamientos con base comercial. Entre los ejemplos está la CITES, el Convenio sobre COP y la elaboración de un acuerdo internacional para la protección de la diversidad cultural. Con manifestaciones firmes internacionales de apoyo a la política pública, los países estarán menos inclinados a acudir a la OMC.
- La reapertura del TLCAN es una opción peligrosa, siempre hay algo que se pierde.
- ¿En dónde está la amenaza a la soberanía? No hay impedimento para que los países regulen, siempre y cuando se haga sobre bases firmes. ¿En dónde radica el problema?

- La CCA podría considerar trabajar en mejores definiciones de las responsabilidades corporativas, responsabilidad civil, evaluación de riesgo y divulgación de información para ayudar a evitar la intromisión de los organismos relacionados con el comercio en las cuestiones ambientales internas.
- Las declaraciones de interpretación pueden resultar muy útiles para acotar los tribunales.

Tercera sesión: Cuestiones relacionadas con la transparencia, la legitimidad y la rendición de cuentas

El presidente del CCPC abrió la sesión planteando las siguientes preguntas para estimular la discusión:

- ¿Es necesario un proceso más abierto de arbitraje?
- De ser así, ¿con qué características?
- ¿Es necesario contar con un cuerpo permanente de árbitros para el capítulo 11?
- ¿Hace falta un mecanismo de apelación?

Entre los comentarios del CCPC y el público figuraron:

- No hay nada que prohíba que los árbitros del capítulo 11 tengan formación ambiental. El grupo arbitral puede también llamar a expertos como testigos.
- Quizá debería existir un cuerpo permanente de árbitros. También debería disponerse de proceso de apelación.
- Debemos mejorar nuestra capacidad de influir en las decisiones a favor del medio ambiente y los intereses públicos utilizando las instancias con las que ya contamos. Introducir la aportación de expertos en desarrollo sustentable en el proceso de audiencias y solicitar declaraciones de interpretación en cuestiones esenciales puede ayudar a que así sea. Se pueden utilizar los términos del preámbulo del TLCAN como justificación.
- Existe el riesgo de que las interpretaciones muy amplias beneficien a las compañías. Los abogados comerciales están tendenciados de origen.
- Hay una gran diferencia en traer mayor rendición de cuentas al proceso, más legitimidad y transparencia al aportar diferentes conocimientos expertos y volver dicho proceso algo más abierto para que la gente venga a discutir las políticas públicas internas. No estoy seguro de que quiera ver a los tribunales debatiendo la política pública.
- Hay varios elementos esenciales para hacer el proceso más transparente y con mayor rendición de cuentas: aportar testimonio experto; contar con árbitros versados en cuestiones de política pública; dar a conocer la documentación; permitir intervenciones *amicus*; tener la posibilidad de asistir en la práctica para argumentar un caso; abrir por completo como un proceso público. Son todos elementos diferentes que contribuyen en formas diversas.
- Quién hace las interpretaciones se está volviendo más importante. Todos debemos usar “el mismo idioma”. El desarrollo de la capacidad debe incluir educación ambiental. Ello fue explícito en la CMDS.
- Se han logrado avances. Cinco años antes no sabíamos siquiera qué casos se habían presentado o en qué estado estaban. Podemos dar crédito a las ONG por los avances logrados. Los documentos están ahora en la Internet, excepto la información confidencial empresarial (regla también interna).

- Incluso si el proceso es ahora más transparente, sigue siendo muy difícil de seguir para los no especialistas. Necesitamos encontrar otras formas de educar al público sobre estos casos y sus implicaciones. Me gustaría escuchar gente en México hablando de *Metalclad*. Mi punto de vista es que esta empresa actuó de mala fe. La gente de la región tiene una perspectiva diferente de la de los abogados. Nos hace falta un proceso de comentarios públicos sobre el impacto de los casos por parte de la gente afectada.
- Por lo común los pequeños propietarios de terrenos o los usuarios no son tomados en cuenta. En México la tierra se expropia sin información previa a los propietarios y con pago muy bajo. El gobierno, a continuación, voltea y vende esa tierra a empresas a un precio mucho más alto.
- Hace falta transparencia en todo el proceso, desde el momento en que el asunto se presenta. Deben existir formas de informar al público en general sobre la naturaleza del caso y sus posibles implicaciones. La CCA debería estudiar formas en que ello pudiera realizarse.
- Los inversionistas también quieren transparencia. Ello ayudaría a eliminar a quienes no actúen de manera debida. En esa medida, una vez que se logre un acuerdo, los acuerdos podrían tener certitud legal.
- La médula del asunto de la falta de equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los del público radica en la falta de transparencia. Otras cuestiones son importantes, pero se podrían resolver si se tuviera transparencia plena.
- Vivimos en sociedades que valoran el comercio por encima de otros valores, como la cultura.
- Es importante hacer una distinción en la industria de México. La mayor parte de las grandes compañías están cumpliendo y promueven la protección ambiental. Las Pymes, en particular las empresas más pequeñas, sin embargo, consideran que el cuidado del medio ambiente es únicamente un incremento de costos, no una inversión adecuada.
- La educación puede ayudar. Este sería un campo en el que los gobiernos deberían hacer un esfuerzo adicional. La CCA podría hacer una recomendación al respecto.

Cuarta sesión: Cuestiones de efectividad y factibilidad de las reformas al TLCAN o de declaraciones de interpretación

El presidente del CCPC abrió la sesión planteando las siguientes preguntas para estimular la discusión:

- ¿Cuáles son los argumentos en favor y en contra de una reforma del TLCAN en lugar de declaraciones de interpretación?
- ¿Cambian las respuestas respecto de las cuestiones procesales contra los asuntos sustanciales?
- ¿Qué tan bien ha funcionado a la fecha la declaración de interpretación de junio de 2001 y qué lecciones se derivan de la misma en cuanto a futuras declaraciones similares?

Los comentarios del CCPC y el público incluyeron:

- Es necesario reabrir el TLCAN, incluso si se trata de una caja de Pandora. Los campesinos en México no pueden competir o protegerse. El suelo cultivado por los pueblos indígenas está siendo acaparado para cultivos no esenciales y en cambio EU está vendiendo maíz transgénico a México; ello está mal. El maíz y los frijoles deben estar exentos del TLCAN.

- Los aspectos culturales no han sido atendidos ni en el TLCAN ni en el ACAAN. Necesitamos comenzar a tomar posición respecto de los asuntos culturales. El TLCAN no puede permanecer estático.
- La cuestión de exportar un régimen legal nacional (el sistema legal estadounidense, por ejemplo) está en la médula del debate sobre el capítulo 11. Si de eso se tratara, entonces las empresas de EU deberían regirse por las leyes de otros países. Cuando se crea una herramienta como el capítulo 11, los abogados hacen todo lo que pueden para usarla de la manera más audaz en defensa de quienes les pueden pagar.
- ¿Qué tan profundo queremos que sea el cruce entre los acuerdos comerciales y la legislación interna. Deberíamos estar tratando únicamente con casos en los que claramente un gobierno da a un inversionista extranjero un trato distinto que el que otorga a un inversionista nacional. Necesitamos volver atrás y mirar a la intención original del capítulo 11.
- Cada uno debería asumir un grado de riesgo. ¿Por qué debería la ciudadanía sumir los costos? En lo ideal, el TLCAN se debería reabrir para ocuparse del actual desequilibrio; sin embargo, ello es demasiado riesgoso. Debemos optar por la posibilidad de las declaraciones de interpretación para ayudar a recuperar el equilibrio.
- La inversión “sin riesgo” no existe. El capítulo 11 crea un desequilibrio a favor del comercio. Los embargos y expropiaciones son probablemente los asuntos que de manera más urgente requieren de claridad.
- Hay otras formas de proteger la inversión, por ejemplo los acuerdos contractuales con los gobiernos nacionales.
- Antes de lanzarnos a presionar por reformas al TLCAN, debemos hacer un mejor análisis de si el medio ambiente de América del Norte ha mejorado o se ha deteriorado a partir del TLCAN. Es precisamente el mandato de la CCA ayudar en esta evaluación.
- Va a ser necesario reconciliar la relación del TLCAN con el ALCA. Quizá las negociaciones hacia el ALCA ofrezcan la oportunidad de “renovar” el TLCAN.
- La CCA debe realizar mayores investigaciones, efectuar más discusiones públicas como la presente, estimular la reunión de ministros de comercio y medio ambiente y continuar destacando áreas que requieren de reformas.

El presidente y los miembros del CCPC agradecieron con entusiasmo a todos los participantes y a Cosby por la sustanciosa discusión. El presidente destacó que en lugar de un recital de problemas, los participantes contribuyeron con sustantivas y profundas recomendaciones para mejorar.

Preparada por Lorraine Brooke