

Reformando el régimen de inversión del *TLCAN*

Gus Van Harten

El régimen de inversión del *TLCAN* debe ser reformado. Este documento elabora un paquete escalonado de reformas que están diseñadas para (1) promover la inversión extranjera, mientras (2) evalúa el margen de política apropiado para que los gobiernos desarrollen y regulen sus economías de manera sustentable y (3) se asegure un gobierno equitativo sobre las disputas de inversión de tal manera que los inversionistas extranjeros no se vean privilegiados, de manera procedimental o sustancialmente, sobre los intereses de inversionistas y ciudadanos domésticos.

Las propuestas han sido escalonadas de acuerdo con su factibilidad, basándose especialmente en el hecho de sí requerirían una corrección del *TLCAN*.

La necesidad de reforma

La protección y regulación de la inversión para un desarrollo sustentable

Un objetivo importante del *TLCAN* es promover y proteger la inversión extranjera para poder crear los empleos, desarrollar la economía y apoyar el desplazamiento a una economía más verde. Para este propósito, a los inversionistas extranjeros se les dan protecciones robustas, especialmente por la cláusula en el capítulo 11 del *TLCAN* para la arbitración internacional obligatoria con el fin de decidir las demandas de los inversionistas en contra de los gobiernos. En muchas formas el *TLCAN* favorece a los inversionistas por encima de los demás intereses.

Los inversionistas extranjeros están protegidos bajo el *TLCAN* por amplios estándares sobre la exportación, no discriminación, trato justo y equitativo y

otros temas. Sin embargo, las decisiones anteriores de algunos tribunales del *TLCAN* han interpretado estos estándares en un sentido sobreexpansivo, proinversionistas. Esto requiere la aclaración de que el tratado no necesita del pago de una compensación para los inversionistas donde se ven afectados por las leyes o regulaciones aprobadas de buena fe para un propósito público.¹

Es muy probable que los gobiernos en cada estado del *TLCAN* hayan sido influenciados por sus decisiones reguladoras por el riesgo de una demanda del tratado. Los inversionistas extranjeros han mostrado claramente que ellos van a disputar cualquier medida que provenga del gobierno. Por ejemplo, el capítulo 11 del *TLCAN* ha sido a la fecha utilizado para disputar: las medidas para controlar el contenido de la gasolina y proteger los recursos de agua subterránea, una prohibición legislativa en la exportación de desperdicios peligrosos, una fase terminal del uso de químicos en la agricultura, una decisión del tribunal que lleva a la asignatura de daños punitivos a gran escala, la creación de un parque ecológico, la evaluación medioambiental de un proyecto de cantera, la regulación de minería a cielo abierto cerca de sitios sagrados para los nativos americanos y, más recientemente, la aplicación de estándares de seguridad para los camiones extranjeros.

Varias reformas post*TLCAN* parecen aceptar que los tribunales de arbitraje han usado su discreción para llevar los tratados de inversión demasiado lejos a favor de los inversionistas.² De igual manera, en su revisión del fallo *Metalclad* en contra de México, el Tribunal Superior de Columbia Británica dio una definición extremadamente amplia sobre la expropiación para el propósito del artículo 1110. Adicionalmente a la más convencional noción de expropiación que involucra la toma de propiedad, el tribunal sostuvo que la expropiación bajo el *TLCAN* incluye interferencia en cubierto o incidental con el uso de propiedad que tiene el efecto de privar al dueño, de manera total o en cuanto a una parte importante, del uso de un beneficio económi-

¹Peterson, L.E. (2004), "Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making", *Report for the International Institute for Sustainable Development* (November); Lawrence, J.C. (2006), "Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriations After *Methanex*", *Georgia Law Review*, 41, 261-310.

²Thomas, J.C. (2002), "Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 17(1), 21-101; Gaillard, E. (2002), "Commentary", *Arbitration International*, 18, 247; McLachlan, C. (2002), "Commentary: The Broader Context", *Arbitration International*, 18, 339; Tollefson, C. (2002), "Metalclad v. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process", *Minnesota Journal of Global Trade*, 11, 183; Munro, M.A. (2005), "Expropriating Expropriation Law: The Implications of the Metalclad Decision on Canadian Expropriation Law and Environmental Land-Use Regulation". *Asper Review of International Business & Trade Law*, 5, 75; Salgado, V. (2006), "The Case Against Adopting BIT Law in the FTA Framework", *Wisconsin Law Review* (2006), 1024.

co que de manera razonable se puede esperar de una propiedad. Esta definición es suficientemente amplia para incluir una reubicación de zona por parte de una municipalidad u otra autoridad de asignación de zona.³

A pesar de esto, el tribunal no fue capaz –bajo las reglas existentes del régimen del *TLCAN*, de corregir este aspecto del fallo Metalclad.

Preocupaciones acerca del congelamiento regulatorio

Las interpretaciones proinversionistas sobre expropiación indirecta y otros estándares son perturbadoras, ya que dan lugar al riesgo de “congelamiento regulatorio”. Dan la oportunidad a los inversionistas extranjeros de enredar a los gobiernos en un litigio internacional y exponerlos a fallos costosos, aun cuando los gobiernos hayan actuado de buena fe en la persecución de un objetivo legítimo. En palabras de un abogado –W. Rogers–, la habilidad de demandar bajo un tratado de inversión es:

Una invitación abierta para los inversionistas descontentos, tentados a quejarse de que una falla financiera o empresarial se debió a una regulación inapropiada, una política macroeconómica mal manejada o un trato discriminatorio por parte del gobierno anfitrión y encantados con la oportunidad de amenazar al gobierno anfitrión con un arbitraje tedioso y costoso.⁴

Varios estudios han dado lugar a esta preocupación; han subrayado el peligro de que el *TLCAN* (y otros tratados de inversión) frustren los esfuerzos del gobierno para proteger la salud y el medio ambiente, preservar los recursos naturales (tales como el agua potable), contrarrestar el cambio climático, promover el desarrollo económico, regular las utilidades y proveer servicios gubernamentales, tomar decisiones de zona, reformar el cuidado de la salud o regular el sector financiero.⁵

³ *United Mexican States v Metalclad Corporation* (2001), *World Trade and Arbitration Materials*, 13(5), 219 (British Columbia Supreme Court), para. 99.

⁴ Rogers, W. (2000), “Emergence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as the Most Significant Forum for Submission of Bilateral Investment Treaty Disputes”, *Presentation to the Inter-American Development Bank Conference* (26-7 October).

⁵ Werksman, J., K.A. Baumert, y N.K. Dubash (2001), “Will International Investment Rules Obstruct Climate Protection Policies?”, *Report for the World Resources Institute* (April); Shrybman, S. (2001), “A Legal Opinion Concerning the Potential Impacts of International Trade Disciplines on Proposals to Establish a Public-Private Partnership to Design, Build and Operate a Water Filtration Plant in the Seymour Reservoir”, *Prepared for the Canadian Union of Public Employees* (17 July); Flood, C.M. y T.D. Epps (2002), “Have We Traded Away the Opportunity for Innovative Health Care Reform? The Implications of the *NAFTA* for Medicare”, *McGill Law Review*, 47, 747; Been, V.L. y J.C. Beauvais (2008), “The Global Fifth Amendment: *nafta*’s Investment Protections and

Es difícil, aunque no imposible, establecer de manera definitiva que cualquier medida en particular fue abandonada como resultado de una demanda del *TLCAN*. Tal parece que varias medidas gubernamentales han sido retiradas al enfrentar la amenaza de una demanda. Los casos documentados incluyen, por ejemplo, propuestas ya retiradas en Canadá de requerir empaques de cigarrillos sin escritura, establecer seguro automotriz público y la privatización de una planta de filtración de agua.⁶

Cuadro 1
EL CASO DE ETHYL⁷

Tal vez el caso más claro de congelamiento regulatorio es el de arbitraje Ethyl, que se enfrentó a una demanda del *TLCAN*; el gobierno de Canadá retiró sus restricciones de un aditivo de gasolina llamado *MMT*, las restricciones que habían sido justificadas con base en la precaución de que quemar *MMT* presentaba un riesgo inaceptable de daños al sistema nervioso y cerebro y especialmente para los niños, luego de que un tribunal del *TLCAN* le permitió a un fabricante de *MMT* presentar su demanda bajo el capítulo 11. Además de retirar su regulación, el gobierno de Canadá también estuvo de acuerdo en 1) emitir una declaración de que *MMT* no presentaba ninguna amenaza para la salud y 2) pagar 13 millones de dólares estadounidenses en compensación al fabricante, una cantidad que excede el presupuesto anual para el medio ambiente de Canadá. El caso indica cómo es que el *TLCAN* puede ser usado por inversionistas extranjeros para presionar al gobierno para que compre su soberanía medioambiental al llegar a un finiquito monetario para salir de las demandas del capítulo 11.

the Misguided Quest for an International ‘Regulatory Takings’ Doctrine”, *New York University Law Review*, 78, 30; Porterfield, M.C. (2004), “International Expropriation Rules and Federalism”, *Stanford Environmental Law Journal*, 4, 3; Lawrence (2006); Jenkins, B.W. (2007), “The Next Generation of Chilling Uncertainty: Indirect Expropriation Under *CAFTA* and its Potential Impact on Environmental Protection”, *Ocean and Coastal Law Journal*, 12, 269; Cumming, J. y R. Froehlich (2007), “*NAFTA* Chapter XI and Canada’s Environmental Sovereignty: Investment Flows, Article 1110 and Alberta’s Water Act”, *University of Toronto Faculty of Law Review*, 65, 107; Gerbasi, J. y M.E. Warner (2007), “Privatization, Public Goods, and the Ironic Challenge of Free Trade Agreements”, *Administration & Society*, 39, 127; Shrybman, S. (2008), “Pemex, Privatization and the *NAFTA* Trap”, *Presentation on behalf of the Canadian Union of Public Employees and the Communications, Energy, and Paperworkers Union of Canada* (June 2008); Mann, H. (2008), “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, *Report for the International Institute for Sustainable Development* (February).

⁶Schneiderman, D. (2008), *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge, Cambridge University Press; Carrigg, D. (2001, July 5), “*GVRD* pulls plug on plan to privatize water filtration plant”, *Vancouver Courier-On Line*.

⁷Véase *Ethyl Corporation v. Government of Canada* (Jurisdiction) (1998), *International Legal Materials*, 38, 708 (24 June); Traynor, K. (1998), “How Canada Became a Shill for Ethyl Corp”, *Intervenor* 23(3); Schettler, T. (1999), “Manganese in Gasoline: A Case Study of the Need for Precautionary Action”, en Raffensperger y Tickner (eds.), *Protecting Public Health and the Environment*, Washington, D.C., Island Press; Fletcher, G. (2002), “U.S. bans it; Canada burns it”, *National Post* (6 de septiembre); Cumming y Froehlich (2007), p. 132.

No todas las demandas del *TLCAN* han tenido éxito (muchas siguen pendientes), pero el hecho es que pueden ser presentadas con tanta facilidad, que permite a los inversionistas extranjeros presionar u hostigar a los gobiernos y frustrar las iniciativas importantes.⁸ Una demanda continua por parte de Dow AggroSciences en contra de Canadá, por ejemplo –en respuesta a las restricciones de Quebec sobre el uso cosmético del pesticida químico 2,4-D– parece estar dirigida en gran parte a desviar a otros gobiernos de seguir pasos similares para reducir el uso de pesticidas por razones de salud y de medio ambiente, ya que tiene la intención de ganar una compensación de \$ 2 millones de dólares por el impacto incidental en las ventas de Dow en Quebec.

La amenaza a la reforma financiera, económica y del medio ambiente

Más allá del capítulo 11 del *TLCAN*, los inversionistas extranjeros han usado los tratados de inversión para realizar más de 250 demandas inversionista-Estado en contra de países, usualmente en el mundo en desarrollo a lo largo de los últimos 15 años. Han disputado un amplio rango de políticas y decisiones. Tal vez más inquietante son las 46 demandas presentadas en contra de Argentina por sus reformas frente a la crisis financiera y económica del país en 2001. Estas demandas han costado cientos de millones de dólares en fallos contra Argentina y muy probablemente generarán miles de millones más. Lo que es más, algunos tribunales se han apoyado en lecturas proinversionistas dudosas para otorgar fallos.⁹ En respuesta a esto, Argentina se ha negado a pagar resarcimiento por daños, poniendo en tela de juicio la utilidad del sistema inclusive para los inversionistas.¹⁰

Mientras que Estados Unidos, Canadá y México no tomen medidas para limitar su exposición a las demandas, continuarán poniendo su tesorería pública y los procesos regulatorios en riesgo.¹¹ Los bufetes jurídicos que se especializan en arbitraje de inversionistas se encuentran en el presente agitando a las empresas para asesorar a los inversionistas en cómo pueden presentar sus demandas de inversionista-Estado por pérdidas causadas por las reformas del gobierno en respuesta a la crisis financiera actual. Por ejemplo, de acuerdo con un comunicado de un cliente expedido recientemente por una firma de Londres:

⁸ Cumming y Froehlich (2007), p. 124.

⁹ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Merits) (2005), *International Legal Materials*, 44, 1205 (May 12).

¹⁰ Peterson, L.E. (2009, 25 de junio), "Argentine Crisis Arbitration Awards Pile Up, but Investors Still Wait for a Payout", *American Lawyer*.

¹¹ Cumming and Froehlich (2007), p. 135.

Los Estados se encuentran bajo una creciente presión para tomar medidas para impulsar sus economías nacionales en respuesta al decremento económico global. Mientras que puede ser apropiado para los Estados tomar las medidas necesarias para atender la crisis financiera, los inversionistas extranjeros pudieran tener derecho a una compensación si tales medidas son tomadas como incumplimiento de los términos de los tratados de inversión (...). Ya que la crisis argentina tiene similitudes con las dificultades que se están encontrando alrededor del mundo, es instructivo ver cómo las demandas que surgen de grandes pérdidas que se sucedieron entonces se están resolviendo ahora (...).¹²

Útiles medidas de desarrollo que están específicamente prohibidas

El control de capital y requerimientos de desempeño están prohibidos de acuerdo con el *TLCAN*, a pesar de que pueden jugar un papel importante en evitar las crisis financieras o incrementar la productividad y el empleo, medidas cuya aplicación debe ser facilitada basándose en la evidencia de su utilidad para prevenir que el flujo de capital mine los sistemas financieros o para asegurar que la inversión extranjera contribuya al desarrollo económico. Para la coherencia de la política, el uso de estas medidas podría estar sujeto a la supervisión por parte de una comisión regional, en vez de un arbitraje sobre inversionista-Estado.

Gobernanza política de disputas sobre la inversión

Las disputas sobre inversión deben resolverse de manera justa, vía un proceso independiente adjudicativo que puede ser asignado a los legisladores públicos. Los inversionistas pueden tener una buena causa para buscar protección por medio de una revisión judicial, inclusive para una acción gubernamental aparentemente legítima. Pero el modelo inversionista-Estado, de acuerdo con el *TLCAN* es demasiado dependiente en un pequeño grupo de árbitros en su resolución de asuntos importantes de política pública.

Para todos los inversionistas, extranjeros o domésticos, la protección debe ser (y usualmente lo es) presentada por tribunales domésticos. Excepcionalmente, una protección de respaldo puede ser requerida a nivel internacional. Pero la adjudicación internacional deber ser un remedio excepcional, no un

¹² CMS Cameron May (2009, 30 de marzo), "International arbitration: State liability to private investors in an economic crisis", *Law-Now*.

primer recurso. Los inversionistas extranjeros no deben tener la capacidad de evadir a los tribunales domésticos que ofrecen un foro para la justicia, lo que es al menos tan justo e independiente como el arbitraje inversionista-Estado. En esto y otros aspectos, los inversionistas extranjeros no deben ser privilegiados sobre los inversionistas y ciudadanos domésticos, quienes también se encuentran profundamente afectados por las decisiones del gobierno y deben tener derecho a participar en arbitraje junto con los intereses de los inversionistas.

El privilegiado de inversionistas extranjeros sobre los ciudadanos

El arbitraje inversionista-Estado en su forma actual da a los inversionistas extranjeros el gran poder de forzar a los Estados a entregar las decisiones de sus legislaturas, tribunales y administraciones a una revisión y disciplina intensiva por parte de los árbitros, fuera de cualquier proceso tribunal.¹³ Muchas disputas que pueden y deberían ser resueltas en el nivel doméstico, son presentadas ante los tribunales internacionales. El sistema está desbalanceado en ese sentido: mientras que los inversionistas pueden solicitar una compensación financiada por impuestos, ellos no están sujetos a una regulación por medio del proceso adjudicativo.¹⁴

La falta de independencia de los árbitros de inversionista-Estado

El uso del arbitraje para tomar las decisiones finales sobre la ley pública –especialmente donde involucra las opciones legislativas o los presupuestos públicos– mina la independencia judicial. Los árbitros son vistos como personas que tienen un interés en interpretar la ley a favor de los inversionistas para promover demandas a futuro y hacer crecer la industria del arbitraje. Esta subjetividad aparente ofrece una explicación creíble para los acercamientos sorprendentemente proinversionistas de numerosos tribunales (por ejemplo, Metalclad; Pope & Talbot; Técnicas; Santa Elena; Maffezini; CME; Siemens; Tokios; Occidental; CMS).¹⁵ Estos tribunales han requerido un pago

¹³ Gerbasi y Warner (2007), p. 130.

¹⁴ Yu, y F. Marshall (2008), “Investor’s Obligations and Host State Policy Space”, *Background paper for the 2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators* (3-4 noviembre).

¹⁵ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Merits) (2000), *ICSID Review*, 16, 168 (30 de agosto); *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada* (Merits, Phase 2) (2001), *World Trade and Arbitration Materials*, 13 (4), 61 (10 de abril); *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican*

de compensación pública para un rango de medidas no discriminatorias en las que los inversionistas han sustentado una pérdida incidental como resultado de acciones por parte del gobierno. Además, los tribunales se encuentran herméticos a una revisión por parte de un juez independiente, ya sea doméstico o internacional.¹⁶

Existen preocupaciones fundamentales, especialmente debido a que el *TLCAN* permite una revisión tan amplia de las decisiones legislativas y de política general. Los árbitros reciben la autoridad que va más allá de la de los tribunales bajo otros tratados –distintos a tratados de comercio e inversión.

Principios generales y metas para la reforma

El principio del desarrollo sustentable

Los tratados de inversión deben permitir un adecuado espacio para la política pública, para que los gobiernos puedan realizar acciones libres del riesgo de resarcimientos por daños, para dictar leyes y regulaciones sobre temas apremiantes, siempre y cuando la medida en cuestión no esté dirigida a inversionistas extranjeros de manera específica por abuso o discriminación. Este espacio de política debe ser más amplio para legislaturas y tribunales y para decisiones de política general de gobierno. Las reformas deben estar dirigidas a establecer un régimen en el que los Estados desplieguen acciones apropiadas para regular de buena fe su economía, sin riesgo de una demanda internacional.

States (Merits) (2003), *ICSID Review*, 19, 158 (29 de mayo); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, SA v. Republic of Costa Rica* (Merits) (2000), *ICSID Review*, 15, 169 (17 de febrero); *Maffezini (Emilio Agustín) v. Kingdom of Spain* (Jurisdiction) (2000), *ICSID Review*, 16, 212 (25 de enero); *CME Republic BV v. Czech Republic* (Merits) (2001), *World Trade and Arbitration Materials*, 14 (3), 109 (13 de septiembre); *Siemens AG v. Argentine Republic* (Jurisdiction) (2004), *International Legal Materials*, 44, 138 (3 de agosto); *Tokios Tokelès v. Ukraine* (Jurisdiction) (2004), *ICSID Review*, 20, 205 (29 de abril); *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (Merits) (2004), *World Trade and Arbitration Materials*, 17 (1), 165 (1 de julio); CMS (2005).

¹⁶Sornarajah, M. (2002), “The Clash of Globalisations and the International Law on Foreign Investment”, *Presentation to the Centre for Trade Policy and Law*, Ottawa (12 September); Atik, J. (2004), “Repenser *NAFTA* capítulo 11: A Catalogue or Legitimacy Critiques”, *Asper Review of International Business and Trade Law*, 3, 215; Van Harten, G. (2007), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press.

El principio de gobernanza equitativa

Para asegurar la gobernanza equitativa, la adjudicación del *TLCAN* debe estar protegida de una influencia inapropiada por parte de los inversionistas y de otros actores particulares. El proceso debe corresponder con la legitimidad democrática de legislaturas, la independencia de tribunales domésticos y el manejo experto de agencias ejecutivas.¹⁷ A los inversionistas extranjeros no les puede ser permitido evadir los tribunales domésticos donde éstos imparten justicia. El arbitraje del *TLCAN* debe ofrecer un proceso independiente y justo, tanto para el inversionista como para el Estado, congruente con los principios de juzgar en las tradiciones constitucionales de los miembros del tratado y la ley internacional.¹⁸

Instrumentos recomendados, políticas y cláusulas

Notablemente, muchas de las revisiones adoptadas en los tratados post*TLCAN* se basan en el tratado del 10 de mayo en el Congreso y Administración de Estados Unidos, el cual es un punto de partida importante para una reforma del tratado, a pesar de que se queda corto, especialmente porque no discute (1) el peligro de que los árbitros continúen interpretando el tratado, sin importar qué tan bien redactado esté, de manera proinversionista o (2) los privilegios de proceso que el arbitraje inversionista-Estado provee de manera injusta a los inversionistas extranjeros.

Las reformas recomendadas se resumen así:

Reformar el régimen de finiquito de disputas.

- Considerar la opción de retirar el régimen de inversionista-Estado de una vez por todas del *TLCAN* (se requiere corrección).
- Presentar una cláusula para integrar como parte del proceso a aquellas personas o entidades cuyos intereses se vean directamente afectados por

¹⁷Weiler, J.H.H. (2000), "Epilogue: Towards a Common Law of International Trade", en J.H.H. Weiler (ed.), *The EU, the WTO, and the NAFTA*, Oxford, Oxford University Press; Brown, D. (2002), "Commentary", en L. Ritchie Dawson (ed.), *Whose Rights? The NAFTA Chapter 11 Debate*, Ottawa, Centre for Trade Policy and Law.

¹⁸United Nations (UN) (1985), "Basic Principles on the Independence of the Judiciary", *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Milan (agosto 26-septiembre 6), UN Doc A/RES/40/32 and A/RES/40/146; Mackenzie, R. y P. Sands (2003), "International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge", *Harvard International Law Journal*, 44, 271; Meron, T. (2005), "Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals", *American Journal of International Law*, 99, 359; Van Harten, G. (2008), "A Case for an International Investment Court", Society of International Economic Law Inaugural Conference Working Paper No. 22/08. Geneva (15-17 de Julio).

- una disputa entre inversionista-Estado y permitir a los Estados presentar una contrademanda a inversionistas extranjeros por incumplimiento de sus propios deberes u obligaciones (se requiere corrección).
- Establecer un organismo regional adjudicativo para remplazar o suplementar el rol de arbitraje privado y para asegurar la independencia y aumentar la coherencia en el proceso de toma de decisiones (se requieren correcciones).
 - Presentar una cláusula para los miembros de la comisión regional adjudicativa para aplicar las reglas que gobiernan la resolución de las disputas inversionista-Estado (se requiere corrección).
 - Como medida temporal para asegurar la independencia, y como lo establece en el *TLCAN* el artículo 1124 (4) mismo, designar un listado de expertos –de preferencia jueces de turno– de los cuales los árbitros que presiden deben ser electos (no requiere una corrección del texto del *TLCAN*).

Asegurarse que el arbitraje inversionista-Estado sea un remedio excepcional

- Seguir los pasos para limitar compras en foro y demandas de conveniencia por parte de inversionistas que no tengan nada que ver con *TLCAN* (posiblemente no requiera correcciones).
- Evitar que los inversionistas extranjeros evadan los tribunales domésticos donde éstos imparten justicia (posiblemente no requiera de corrección).
- Expandir el mecanismo de revisión del *TLCAN* para asegurar la flexibilidad y predictibilidad en áreas claves de regulación, tales como regulación financiera y protección a la salud/medio ambiente (se requiere corrección).

Clarificar estándares sustantivos estructurados ampliamente.

- Limitar los conceptos de expropiación indirecta y trato justo y equitativo para impedir su aplicación a medidas no discriminatorias que sean adoptadas de buena fe para un propósito público, basado en el resarcimiento por daños en *Methanex*¹⁹ y *Glamis Gold*²⁰ (no requiere corrección).

¹⁹*Methanex Corporation, United States of America* (Merits, 2005), *International Legal Materials*, 44, 1345 (3 de agosto).

²⁰*Glamis Gold v. USA* (Merits) (2009), Disponible en línea: U.S. State Department <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf> (consultado 6 de agosto).

- Clarificar que el trato nacional requiere evidencia ya sea de (1) discriminación intencional o (2) discriminación de facto en contra de inversionistas extranjeros como grupo, basado por ejemplo en el resarcimiento por daños de *ADF*²¹ (no requiere corrección).
- Clarificar que el trato nacional-más-favorecido no derrota las excepciones en el *TLCAN* ni se extiende a la disputa de cláusulas de finiquito de otros tratados, basándose por ejemplo en el resarcimiento por daños *Plama*²² (no requiere corrección).

Revisar la discreción de tribunales inversionista-Estado

- Diferir por medio de tribunales directos las decisiones legislativas y judiciales, y para decisiones de política del gobierno donde la decisión no está dirigida a inversionistas extranjeros por trato abusivo o discriminatorio (no requiere corrección).
- Aclarar que los tribunales deben referirse a las perspectivas compartidas de los gobiernos del *TLCAN* participando en un arbitraje inversionista-Estado con respecto a la interpretación del Tratado (no requiere corrección).
- Aclarar que los tribunales pueden asignar un resarcimiento parcial o simplemente una asignatura por costos o resarcimiento declaratorio como satisfacción adecuada para un inversionista extranjero, y que cualquier resarcimiento por daños debe dar cuenta del grado de culpabilidad del Estado demandado (no requiere corrección).

Establecer exenciones para proteger la regulación legítima

- Incorporar las exenciones de los tratados *postTLCAN* que buscan salvaguardar el sistema financiero (probablemente no requiera corrección).
- Permitir el uso a la medida de controles de capital y requerimientos de desempeño donde se justifique, para mantener la estabilidad financiera o incrementar la productividad y el empleo (se requiere corrección).
- Excepciones generales extendidas del *TLCAN* a su capítulo de inversión (se requiere corrección).

Revisar la declaración de objetivos del tratado

- Revisar la declaración de objetivos tanto para el *TLCAN* como para su régimen de inversionista-Estado haciendo referencia, entre otras cosas,

²¹*ADF Group Inc v. United States of America* (Merits) (2003), *ICSID Review*, 18, 195 (9 de enero).

²²*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Jurisdiction) (2005), *ICSID Review*, 20, 262 (8 de febrero).

a la gobernanza equitativa de disputas sobre inversión con base en la apertura, independencia y contabilidad judicial (se requiere corrección).

No todas estas reformas requieren correcciones del *TLCAN*, el tratado autoriza a la Comisión de Libre Comercio –conformada por representantes a nivel gabinete de cada país del *TLCAN*, para realizar interpretaciones del tratado que sean comprometedoras ante un tribunal.²³ Ésta es una herramienta importante para aclarar el tratado. Habiendo dicho eso, otras reformas que requieren corrección también deben ser promovidas para atender los puntos claves.

²³ Free Trade Commission (*TLCAN*) (2001), *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions* (31 de Julio).

Este capítulo proviene de un informe del Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Ranger Future en la Universidad de Boston, Estados Unidos. Para más información sobre el proyecto, y para bajar el informe entero, visita

http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/pardee.html.

Cita recomendada:

El Futuro de la Política de Comercio en America del Norte: Lecciones del TLCAN, Kevin P. Gallagher, Enrique Dussel Peters, and Timothy A. Wise (eds.), Pardee Center Task Force Report, Universidad Autónoma de Zacatecas, Global Development and Environment Institute, Boston University Frederick S. Pardee Center, and Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

URL: http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/pardee.html