

# EL CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y LAS CONTROVERSIAS MEDIOAMBIENTALES DE MÉXICO

Carol ARRIAGA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Constitución mexicana y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. III. *El capítulo XI “Inversión” del TLCAN*. IV. *El mecanismo inversionista-Estado: un panorama constitucional*. V. *Casuística ambiental bajo el amparo del capítulo XI*. VI. *Reflexiones finales*.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) originó un sinnúmero de reformas legislativas. Mas para lograr una incorporación plena y clara de este tratado a nuestro ordenamiento jurídico, esto no fue suficiente.

Existen lagunas jurídicas que se han agudizado con la suscripción de este tratado, y disposiciones que contravienen nuestra Constitución. Estas contradicciones han sido expuestas tanto a nivel nacional como internacional, y han ocasionado graves inquietudes en cuanto a su interpretación; me refiero —fundamentalmente— a las reclamaciones que se han ventilado al amparo del capítulo XI.

Desde el siglo XIX hasta nuestros días, la inversión extranjera es un tema central en las relaciones internacionales. Esta materia ha tomado un giro particular con aquellas inversiones que afectan o ponen en riesgo la salud y el medio ambiente.

Bajo el mecanismo de solución de controversias contemplado en el capítulo XI, México ha enfrentado cinco reclamaciones ambientales. No

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

obstante, este tipo de casos también se han presentado en contra de los Estados Unidos (Methanex, Kenex, Ltd.) y Canadá (Ethyl, S. D. Myers). Aunque el asunto de mayor envergadura que un panel constituido conforme al capítulo XI haya conocido es precisamente una reclamación ambiental en contra de México. Se trata del caso Metalclad, por el cual México tuvo que pagar a dicha empresa la cantidad de 16 millones de dólares.

Este ignominioso episodio nacional no sólo se debe a una desorganización legislativa y ejecutiva en los planos federal, estatal y municipal. También a la falta de respeto por parte de nuestros representantes a la historia nacional (Comisiones Mixtas de Reclamación México-Estados Unidos), y a la imposición de este capítulo por parte de Estados Unidos.

## II. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

El TLCAN fue firmado simultáneamente el 17 de diciembre de 1992 por el ex presidente George Bush, en Washington, por el ex presidente Carlos Salinas de Gortari, en la ciudad de México, y por el ex primer ministro Brian Mulroney, en Ottawa. Fue aprobado por los respectivos órganos legislativos en 1993,<sup>1</sup> y entró en vigor el 1o. de enero de 1994.

En México, la facultad del Ejecutivo Federal para celebrar tratados se encuentra establecida en el artículo 89, fracción X, de la Constitución, y la del Senado, para aprobarlos, en la fracción I del artículo 76.

Asimismo, el artículo 133 de nuestro máximo ordenamiento jurídico establece que la Constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados que se hayan celebrado de acuerdo con la misma son “ley suprema de la unión”.

Nuestra Constitución es la base fundamental de nuestro derecho interno, a partir de ella se derivan otras disposiciones de menor jerarquía. Por tanto, aun cuando el TLCAN es ley suprema de la unión, se encuentra por debajo de la Constitución.

No obstante, la supremacía entre los tratados y las leyes federales es cuestionable y cuestionada.

El procedimiento para aprobar tratados es menos riguroso que el de las leyes, pues los primeros son celebrados por el Ejecutivo Federal y aproba-

<sup>1</sup> El Senado mexicano aprobó este Tratado el 22 de noviembre de 1993.

dos únicamente por el Senado, mientras que en la aprobación de las leyes intervienen el Poder Ejecutivo y las cámaras de Diputados y de Senadores.<sup>2</sup> Por tanto, sería fácil suponer que los tratados se ubican por debajo de las leyes federales.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha emitido dos tesis contradictorias. La tesis aislada P. LXXVII/99, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 28 de octubre de 1999, determinó que los tratados internacionales se ubicaban por encima de las leyes federales, con lo que abandonó su antiguo criterio sobre la igualdad jerárquica entre los tratados y las leyes (“Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa”. Tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, Octava Época, diciembre de 1992, p. 27). De cualquier manera, sólo se trata de tesis aisladas, y esta postura no es necesariamente la definitiva.

Dentro del derecho internacional, ni la Carta de las Naciones Unidas ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hacen referencia a la supremacía del derecho internacional sobre el interno.

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la que México es signatario, señala que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”<sup>3</sup>

El conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno es claro. Existen varias corrientes sobre este punto: las teorías monistas —nacionalistas e internacionalistas— y las dualistas. En las primeras prevalece el derecho interno sobre el internacional,<sup>4</sup> o bien, el internacional sobre el nacional,<sup>5</sup> mientras que las dualistas consideran a ambos dere-

<sup>2</sup> Artículo 72 constitucional: “...A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido”.

<sup>3</sup> Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>4</sup> El exponente de mayor valía de este grupo es Jellinek. Véase Sepúlveda, César, *Curso de derecho internacional público*, 7a. ed., México, Porrúa, 1976, pp. 67 y 68.

<sup>5</sup> Su máximo exponente es Hans Kelsen. Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editorial Nacional, pp. 138 y ss.

chos —el interno y el internacional— independientes, que carecen de una relación sistemática.<sup>6</sup>

No obstante, aun cuando la cuestión no tiene una solución absoluta, la tendencia actual de formar grandes bloques económicos —como las Comunidades Europeas— ha traído consigo la suscripción de tratados internacionales en los que el derecho interno tiene que ceder para adecuarse al derecho internacional. El caso francés resulta ejemplar. El 9 de abril de 1992 y el 30 de diciembre de 1997, el *Conseil Constitutionnel* decidió, acorde con los artículos 54 y 61<sup>7</sup> de su Constitución (1958), que la ratificación de los tratados de Maastricht y Ámsterdam ameritaba una revisión constitucional, pues dentro de su ordenamiento constitucional<sup>8</sup> no se reconoce la supranacionalidad.<sup>9</sup> El artículo 54 de la Constitución francesa establece que si el Consejo Constitucional declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución.

Sobre este punto, nuestro ordenamiento jurídico interno parece ser deficiente, pues no prevé la revisión constitucional, ni legislativa, para la suscripción de tratados. Y en la práctica, la contraposición entre el derecho interno y los tratados es frecuente.

Sin embargo, aun cuando no existen mecanismos jurídicos internos que obliguen a una revisión de nuestra legislación interna para suscribir tratados, se hicieron varias modificaciones a nuestra legislación con motivo de la celebración del TLCAN. Estas reformas tuvieron más un ca-

<sup>6</sup> Sepúlveda, César, *op. cit.*, nota 4, p. 68.

<sup>7</sup> “Artículo 61. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del gobierno, y si existe urgencia, este plevenciarazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación”.

<sup>8</sup> Este ordenamiento lo integran la Constitución de 1958, los principios proclamados por el Preámbulo de 1946, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, y más recientemente la *Charte de l'Environnement* de 2005.

<sup>9</sup> Gautron, J. C., *Droit européen*, 9a. ed., Mémentos, Dalloz, 1999, pp. 191 y ss.

rácter político. Algunas de ellas tuvieron injerencia directa en materia de inversión extranjera. Se abrogó la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (en lo sucesivo *DOF*) el 9 de marzo de 1973, y en su lugar se expidió la Ley de Inversión Extranjera publicada en el *DOF* el 27 de diciembre de 1993. Años después se expidió el Reglamento de esa ley (*DOF* del 8 de septiembre de 1998).

### III. EL CAPÍTULO XI “INVERSIÓN” DEL TLCAN

El TLCAN es el primer tratado de naturaleza comercial que abordó la materia ambiental. Estas disposiciones se encuentran en el preámbulo y en los capítulos I, VII, VIII, IX, XI XVII y XX. También conviene mencionar que ante la presión de diversos grupos sociales<sup>10</sup> se firmó de forma paralela a este tratado el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

Ahora bien, este tratado está integrado por veintidós capítulos que se agrupan en ocho partes. La quinta, denominada “Inversión, servicios y asuntos relacionados”, contiene cinco capítulos,<sup>11</sup> entre los que se encuentra el XI, “Inversión”, que está dividido en tres secciones: la A, que contiene disposiciones de carácter sustantivo y se denomina “Inversión”; la B, que se refiere a la solución de controversias, y la C, intitulada “Definiciones”.

El capítulo decimoprimeros es el que abordaré de manera particular en este estudio. Sus disposiciones son de importancia capital y poseen fuertes antecedentes históricos. De hecho, las relaciones diplomáticas entre México —como nación independiente— y los Estados Unidos inician con el cobro de viejos adeudos y de compensaciones por daños ocasionados a sus ciudadanos en territorio nacional, con el fin último de adquirir

<sup>10</sup> Vega Cánovas, Gustavo *et al.*, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, El Colegio de México-Programa Interinstitucional de Estudios sobre la Región de América del Norte, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 137 y ss.

<sup>11</sup> Capítulo XI: Inversión; capítulo XII: Comercio transfronterizo de servicios; capítulo XIII: Telecomunicaciones; capítulo XIV: Servicios financieros; capítulo XV: Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado; capítulo XVI: Entrada temporal de personas de negocios.

territorio mexicano, cometido que lograron con la celebración del Tratado de Guadalupe-Hidalgo en 1848.

Asimismo, mediante la Convención del 11 de abril de 1829, promulgada el 2 de junio de 1840; la Convención del 4 de julio de 1868, publicada en el *DOF* el 12 de mayo de 1869, y las convenciones General del 8 de septiembre de 1923 y la Especial del 10 de septiembre de ese mismo año, mejor conocidas como los Tratados de Bucareli, se establecieron diversas Comisiones de Reclamación entre México y los Estados Unidos.

Por otra parte, conviene mencionar que con motivo de la Revolución mexicana (1910-1920) hubo la necesidad de entablar acuerdos para poner en marcha comisiones de reclamación con Francia (1924), Alemania (1925), España (1925), Inglaterra (1925), Italia (1927) y Bélgica (1927).<sup>12</sup>

Ahora bien, el objetivo primordial del capítulo XI del TLCAN “Inversión”, es proteger a los inversionistas extranjeros en los Estados parte, así como sus inversiones, que se ubiquen en Canadá, Estados Unidos y México. Su contenido es de importancia capital, pues los Estados Unidos condicionaron la misma celebración del TLCAN a la inclusión de este capítulo, específicamente al mecanismo de solución de controversias.<sup>13</sup>

En la primera parte del capítulo en estudio se prohibieron los requisitos de desempeño —que no son otra cosa que restricciones a la inversión e inversionistas, tales como la transferencia de tecnología o limitantes a la producción, importación o exportación de bienes y servicios—<sup>14</sup> y se establecieron medidas relativas al medio ambiente, independientemente de la nacionalidad de los inversionistas.<sup>15</sup>

En cuanto al trato que debe darse a las inversiones y a los inversionistas de los Estados parte, se señala que éste debe ser, cuando menos, el mismo que se dé a sus propios inversionistas e inversiones (trato nacional),<sup>16</sup> y no debe ser menor al trato que se otorgue a las inversiones o inversionistas de otras nacionalidades (trato de la nación más favorecida).<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Zorrilla, Luis G., *Los casos de México en el arbitraje internacional*, México, Porrúa, 1981, pp. 189-211.

<sup>13</sup> Vega Cánovas, Gustavo *et al.*, *op. cit.*, nota 10, pp. 89 y 90.

<sup>14</sup> Artículo 1106.

<sup>15</sup> Artículo 1114.

<sup>16</sup> Artículo 1102.

<sup>17</sup> Artículo 1103. Ya Poinsett, quien fue el primer embajador de Estados Unidos en México, llegó a nuestro país con el propósito de lograr un acuerdo en el que se le otorga

Establece que debe darse un trato acorde al derecho internacional, justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.<sup>18</sup>

También prohíbe la nacionalización o la expropiación directa o indirecta de las inversiones que realicen los inversionistas de los Estados parte dentro de sus territorios, o la adopción de “medidas equivalentes” a la expropiación o nacionalización, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, bajo el principio de legalidad, y mediante una indemnización justa, pronta y líquida.<sup>19</sup>

Sin embargo, no determina qué debe entenderse por expropiación, nacionalización —directas ni indirectas— y mucho menos “medidas equivalentes” a estas figuras, y al no estar claros estos conceptos hay un gran vacío jurídico. Otro factor a considerar es que las empresas han buscado durante dos décadas ampliar la noción de expropiación, con el objeto de exigir que los gobiernos indemnicen a los dueños de una propiedad privada por la aplicación de normas de carácter ambiental, de uso de suelo u otros temas de interés público, y de este modo aminorar los efectos de esas medidas en relación con el valor de la propiedad.<sup>20</sup>

El propio capítulo dispone que no debe ser interpretado como un impedimento para mantener o poner en ejecución medidas para asegurar que cualquier inversión ubicada dentro del territorio de los Estados parte se efectúe tomando en cuenta inquietudes en la materia ambiental.<sup>21</sup>

Igualmente, se reconoció que era inadecuado el relajamiento de las medidas internas sobre salud, seguridad o medio ambiente con el objeto de alentar la inversión, y que, por tanto, ninguna parte debería renunciar a aplicar o derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Y se

ra a los Estados Unidos los mismos privilegios al comercio y a la navegación que a las potencias europeas. Callahan, James, *American Foreign Policy in Mexican Relations*, Nueva York, Mac Millan, 1932, p. 33, citado por Sepúlveda, César, “Estudio preliminar”, *Dos reclamaciones fraudulentas contra México. Los casos de Weil y de La Abra, 1868-1902*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1965, p. 21.

<sup>18</sup> Artículo 1105.

<sup>19</sup> Véase el artículo 1110 del TLCAN.

<sup>20</sup> Bottari, Mary y Wallach, Lori, *El capítulo XI del TLCAN y los litigios de los inversionistas contra los Estados. Lecciones para los tratados de libre comercio en las Américas*, Public Citizen, octubre de 2005, p. 23.

<sup>21</sup> Artículo 1114.1 del TLCAN.

pactó que, en caso de que una parte estimara que otra había alentado una inversión bajo estas modalidades, podría solicitar consultas con ella para evitar incentivos de esa índole.<sup>22</sup>

Se pactó que para el caso de suscitarse alguna controversia entre un inversionista de un Estado parte y otro Estado parte, por alguna violación a las disposiciones de la sección A,<sup>23</sup> en la que el inversionista haya sufrido pérdidas o daños, puede activarse el arbitraje previsto en la sección B.<sup>24</sup>

Antes de que el inversionista entable formalmente la reclamación en contra de un Estado parte, tiene que notificarle —al menos con noventa días de anticipación— su intención de someter esa controversia a reclamación.<sup>25</sup>

Las reclamaciones se hacen de acuerdo con las reglas del Convenio del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI),<sup>26</sup> el Mecanismo Complementario del CIADI, o bien la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional.<sup>27</sup>

Y por último, en la sección C, que corresponde a las definiciones, sobresale el significado de “inversión”, pues es muy amplio<sup>28</sup> e innovador, al incluir también a las inversiones minoritarias, en portafolios y propiedad de inmuebles.<sup>29</sup> La peligrosidad de este concepto es clara en el caso Waste Management, Inc.

Este capítulo es de importancia capital no sólo dentro del TLCAN, sino también a nivel internacional, pues otorga al inversionista extranjero —persona física o persona moral— la facultad directa y exclusiva para

<sup>22</sup> Artículo 1114.2 del TLCAN.

<sup>23</sup> O bien, por violación a alguna de las disposiciones de los artículos 1503 (2) y 1502 (3).

<sup>24</sup> Artículo 1116 (1) del TLCAN.

<sup>25</sup> Artículo 1119 del TLCAN.

<sup>26</sup> Esta Convención se celebró en Washington el 18 de marzo de 1965, y ni Canadá ni México son parte de ella, y por tanto, estas reglas no se aplican, aunque sí es posible ejecutar el mecanismo complementario.

<sup>27</sup> Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976. Véanse los artículos 1115, 1116 y 1117.

<sup>28</sup> Véase el artículo 1139.

<sup>29</sup> Vega Cánovas, Gustavo *et al.*, nota 10, p. 88.



activar el mecanismo previsto en la sección B sin intervención de su Estado de origen.<sup>30</sup> De esta manera, es una persona privada quien cuestiona el proceder de un Estado parte, sin haber fijado previamente de manera clara e indubitable las limitantes para ello.

#### IV. EL MECANISMO INVERSIONISTA-ESTADO: UN PANORAMA CONSTITUCIONAL

Al amparo del capítulo XI del TLCAN, México ha recibido al menos quince reclamaciones formales,<sup>31</sup> de las cuales, cinco contienen un evidente trasfondo ambiental: Metalclad, Waste Management I, Waste Management II, Azinian *et al.* y Bayview Irrigation *et al.*

No obstante, antes de avocarme a estas reclamaciones, conviene realizar algunas observaciones jurídico-constitucionales respecto a este mecanismo de solución de controversias. Me refiero a la Cláusula Calvo y a las cualidades o características de la indemnización por expropiación.

El fundamento jurídico y filosófico de la Cláusula Calvo descansa en el pensamiento del célebre internacionalista argentino Carlos Calvo, el cual se encuentra plasmado en prácticamente todas las Constituciones latinoamericanas.

Su objeto es fijar como límite máximo de los derechos a que puede aspirar el extranjero la igualdad con el nacional<sup>32</sup> e impedir la intervención diplomática de los Estados extranjeros en razón de inversiones efectuadas por sus nacionales.<sup>33</sup>

El artículo 27, fracción I, de nuestro máximo ordenamiento recoge este pensamiento y dispone que el Estado mexicano puede otorgar a los extranjeros el derecho de adquirir aguas y tierras nacionales, o sus accesio-

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>31</sup> Las reclamaciones formales no ambientales que se han presentado en contra de México son: Fireman's Fund Insurance Company; GAMI Investments, Inc.; International Thunderbird Gaming, Corp.; Archer Daniels Midland, Co.; Consolidation Corn-AMD, y Corn Products International. En el sistema de solución de controversias "inversionista-Estado": Marvin Roy Feldman Karpa; Adams *et al.*; Francis Keneth Hass, y Robert J. Frank.

<sup>32</sup> García-Robles, Alfonso, *La Cláusula Calvo ante el derecho internacional*, México, 1939, p. 26.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 43.

nes, así como concesiones de explotación de minas o aguas, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de los mismos y en no invocar la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a dichos bienes; so pena de perderlos en beneficio de la nación.

El capítulo XI establece en favor de un inversionista extranjero un mecanismo de solución de controversias en contra de un Estado. Mas ningún inversionista nacional puede activar este mecanismo en contra de su propio Estado.

Se trata, entonces, de un trato preferencial para al extranjero que va más allá de un trato nacional, pues además de contar con los recursos nacionales, puede iniciar un arbitraje de manera directa conforme al capítulo XI, sin intervención de su Estado de origen.

Este capítulo supera cualquier trasgresión a la Cláusula Calvo, al disponer que es el propio inversionista foráneo quien se enfrenta a la maquinaria estatal en un arbitraje internacional.

Aunque ignominiosa, esta discriminación hacia el nacional no es novedosa. Ya las convenciones de reclamación celebradas con los Estados Unidos (1839, 1868, 1923, 1941) habían establecido el arbitraje como mecanismo de solución a estas controversias en favor de personas privadas —físicas o morales— en contra de un Estado.

La desigualdad e iniquidad son en extremo notorias desde la primera Convención de 1939, en la que sólo se reconoce el derecho de los estadounidenses de reclamar en contra del gobierno mexicano, mas habiendo reclamaciones de ciudadanos mexicanos en contra de los Estados Unidos, éstas fueron omitidas en ese primer tratado.

No obstante, en todas estas convenciones —a diferencia del capítulo XI— los reclamantes solicitaban la interposición de sus respectivos gobiernos, es decir, no se enfrentaban directamente a una estructura estatal.

Por supuesto, son los inversionistas estadounidenses quienes más uso han hecho de este mecanismo, seguido de los canadienses. Del lado mexicano, únicamente la empresa Signa, S. A. de C. V., presentó en marzo de 1996 un aviso de intención en contra del gobierno canadiense, pero ninguna reclamación formal.

En cuanto a las cualidades o características de la indemnización o compensación, el artículo 27 constitucional señala, en su párrafo segundo y fracción VI, que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa

de utilidad pública y mediante indemnización; sin embargo, establece que ésta:

...se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y resolución judicial.

Mientras que el artículo 1110 del capítulo XI del TLCAN mejora en mucho las condiciones del inversionista extranjero, al disponer que la indemnización o compensación deberá ser:

- 1) Equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de expropiación, y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación.
- 2) Conforme al valor corriente, al valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.
- 3) Sin demora y completamente liquidable.
- 4) Equivalente a la moneda de un país miembro del G-7.<sup>34</sup>
- 5) Incluir intereses a razón de una tasa comercial desde la fecha de la expropiación hasta el día del pago.
- 6) Libremente transferible.

Las contradicciones no paran aquí. La Ley de Expropiación establece en su artículo 10<sup>35</sup> que el precio que se fije como indemnización por un bien expropiado será equivalente al valor comercial, sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras. Y en su artículo 20 señala que dicha indemnización deberá ser pagada en el plazo de un año a partir de la declaratoria de expropiación, en moneda nacional y sin perjuicio de que se

<sup>34</sup> Esto es, la moneda de Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, el Reino Unido de Gran Bretaña o Irlanda del Norte.

<sup>35</sup> Artículo reformado (*Diario Oficial de la Federación* del 22 de diciembre de 1993).

convenga su pago en especie. Esto no iguala las condiciones que se pactaron en el capítulo XI del TLCAN, pues en la Ley no se prevé el pago de intereses ni el pago en moneda extranjera, y tampoco es acorde con el valor fiscal que fija el artículo 27 constitucional.

De este modo, los compromisos internacionales que consagra el capítulo XI del TLCAN están por encima de la Constitución mexicana. De igual modo, la Ley de Expropiación otorga beneficios superiores a los que determina nuestra carta magna.

## V. CASUÍSTICA AMBIENTAL BAJO EL AMPARO DEL CAPÍTULO XI

Las reclamaciones que se han presentado en contra de México al amparo del capítulo XI son las siguientes:

### 1. *Metalclad Inc.*

Metalclad es una empresa estadounidense, propietaria de Eco-Metalclad Corporation (Eco), la cual adquirió a Ecosistemas Nacionales, S. A. de C. V. (Econsa), y que a su vez compró a Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S. A. de C. V. (Coterin), con el fin de adquirir, desarrollar y operar una estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí.

En 1990, Coterin obtuvo el permiso del gobierno federal para construir y operar una planta de tratamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera. Sin embargo, la planta fue clausurada por el gobierno federal en septiembre de 1991, en virtud de que se habían hecho depósitos sin el debido tratamiento. En este momento, Metalclad aún no era propietaria de Coterin.

En diciembre de 1991 y enero de 1992, el municipio negó a Coterin el permiso de construcción del centro de confinamiento, en virtud de la oposición de la comunidad y de que la empresa no llevó a cabo la restauración del suelo contaminado.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Cfr. Cruz Barney, Óscar, "Protección al medio ambiente y solución de controversias en materia de inversiones en el TLCAN", *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año III, núm. 7, enero-abril de 2004, p. 65, y laudo arbitral del 30 de agosto de 2000, p. 28, núm. 92.

En enero de 1993 Coterin recibió la autorización federal para construir un confinamiento en el valle de La Pedrera, y, en mayo, el permiso estatal correspondiente al uso de suelo para la construcción del confinamiento.<sup>37</sup>

En el contrato de opción a compra de la empresa Coterin, Metalclad había establecido como condicionante la obtención de todos los permisos. Aun cuando esta condición no se cumplió, la compra de Coterin se formalizó ese mismo año.

De manera por demás incorrecta, en 1994 se inició la construcción del centro, y en octubre de ese año, el municipio detuvo las obras en virtud de que la empresa no contaba con su autorización.

Posteriormente, Coterin solicitó dicho permiso y continuó con la construcción de la obra, que concluyó en marzo de 1995. Sin embargo, el día de la inauguración una manifestación impidió la apertura del centro.

Mientras tanto, Semarnap autorizó a Metalclad la operación del centro por cinco años a cambio de que llevara a cabo la restauración ecológica del lugar, el pago de dos pesos al municipio por tonelada recibida en el centro, el establecimiento de 34 hectáreas como zona de reserva para la conservación de las especies endémicas, un descuento de 10% en el manejo de los desechos generados en San Luis Potosí, y servicio de consulta médica gratuita para los habitantes del municipio.<sup>38</sup> Por esta razón, el municipio inició un procedimiento administrativo en contra de la Semarnap, el cual no prosperó. Entonces, las autoridades municipales presentaron una demanda de amparo con el objeto de evitar la recepción de más desechos tóxicos, mediante la cual se obtuvo la suspensión provisional, aunque finalmente se desechó el amparo en 1999.

En mayo de 1996, Metalclad también inició un juicio de amparo que fue sobreseído, e interpuso el recurso de revisión, del cual finalmente se desistió, pues estaba en negociaciones con el municipio.<sup>39</sup> A mi parecer, esto resulta bastante sospechoso, pues aun cuando hubiera un arreglo en puerta con las autoridades municipales, no era necesario interrumpir dicho procedimiento; de hecho, es una práctica bastante frecuente —*ad*

<sup>37</sup> Nótese que son actos diferentes la construcción de la planta de tratamiento de residuos peligrosos y la construcción del centro de confinamiento o almacenaje de los mismos, ambos en La Pedrera.

<sup>38</sup> Cruz Barney, *op. cit.*, nota 36, p. 66.

<sup>39</sup> *Idem.*

*cautelam*— el continuar con éste hasta en tanto no se haya concretizado un arreglo entre los contrincantes. Además de que una condición previa para poner en marcha el arbitraje de la sección B es la renuncia por parte del inversionista del derecho de iniciar o continuar con cualquier trámite judicial, administrativo u otro procedimiento de solución de controversias.<sup>40</sup>

El 2 de octubre de 1996, Metalclad envió al gobierno mexicano el aviso de intención de sometimiento a arbitraje, y en septiembre de 1997, unos días antes del término de su gestión, el gobernador de San Luis Potosí emitió un decreto ecológico que declaraba como área natural protegida la zona en la que se ubicaba el centro, en virtud de un cactus endémico.

La reclamación formal data del 13 de octubre de 1997. En ella, Metalclad solicitó una indemnización de 120 millones de dólares, alegando que a pesar de contar con la autorización previa del gobierno federal mexicano, los gobiernos municipal y estatal le impidieron poner en marcha su planta de tratamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, con lo que se violaron las disposiciones del capítulo XI del TLCAN, particularmente lo dispuesto por los artículos 1105 (nivel mínimo de trato) y 1110 (expropiación e indemnización), pues no se le dio un trato acorde con el derecho internacional ni un trato justo y equitativo ni protección y seguridad plenas. México negó tales alegatos, aunque vale mencionar que su defensa fue inadecuada.

Después de más de tres años de litigio, el 25 de agosto de 2000 el tribunal arbitral condenó a México al pago de USD\$16,685,000, más un interés del 6% mensual sobre cualquier cantidad insoluta, contada a partir del transcurso de los cuarenta y cinco días siguientes al pronunciamiento del laudo, pues consideró que era una violación al capítulo XI del TLCAN el no permitir el funcionamiento del relleno sanitario por carecer de la autorización municipal, pues ya habían obtenido los permisos federal y estatal.

El tribunal arbitral consideró que se trataba de una expropiación indirecta en virtud de “...una interferencia disimulada o incidental 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 razonable-

<sup>40</sup> Artículo 1121 (1, b) y (2, b) del TLCAN.

mente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.<sup>41</sup> Y estimó que el municipio no estaba facultado para negar el permiso de construcción con base en criterios ambientales, ya que únicamente podía hacerlo por fallas físicas en el diseño o en la construcción del relleno sanitario.

También señaló que México había violado el principio de transparencia requerido por el capítulo XVIII del TLCAN, debido a la ausencia de reglas y procedimientos claros que especificaran si el permiso municipal era necesario y que describieran el procedimiento para solicitar dicho permiso, lo que impidió que Metalclad recibiera un trato justo y equitativo.

México alegó que el tribunal se había excedido en su competencia, por lo que impugnó el laudo a través de un procedimiento de nulidad, y sometió el caso a la Suprema Corte de la Columbia Británica, en Canadá.<sup>42</sup>

El 2 de mayo de 2001, Tysoe dictó el fallo correspondiente a la revisión del laudo del 30 de agosto de 2000. En él estimó que efectivamente el tribunal se había excedido en sus competencias, pues hizo una interpretación excesiva de las obligaciones de transparencia del TLCAN, no previstas en el capítulo XI; que se había inmiscuido en la legislación interna mexicana, y que no se habían agotado las instancias nacionales. No obstante, concluyó que el laudo era válido, y confirmó la obligación de pago,<sup>43</sup> aunque ordenó recalcular el importe de la condena.

El Estado mexicano señaló que apelaría este laudo ante una corte canadiense de mayor jerarquía, pero el 13 de junio de 2001, Metalclad anunció que México había aceptado pagar los USD\$15,600,000 ordenados por el juez Tysoe, más USD\$2,559 diarios a partir del 1o. de junio de 2001.

El 26 de octubre de ese mismo año, México pagó a Metalclad la suma de USD\$16,000,000.<sup>44</sup> Posteriormente, tanto México como Metalclad renunciaron a su derecho de apelación y contra apelación (*cross appeal*), respectivamente. El 31 del mismo mes y año, Tysoe amplió las razones con las que sustentó su sentencia del 2 de mayo de 2001.

<sup>41</sup> Párrafo 103 del laudo del 30 de agosto de 2000.

<sup>42</sup> Vega Cánovas, Gustavo *et al.*, *op. cit.*, nota 10, p. 103.

<sup>43</sup> Cruz Barney, Óscar, *op. cit.*, nota 36, p. 69.

<sup>44</sup> Véanse <http://www.ictsd.org/weekly/01-11-06/inbrief.htm#top> y <http://www.irc-online.org/us-mex/borderlines/2001/bl84/bl84brief.html>.

## 2. *Azinian et al.*<sup>45</sup>

En 1992, el señor Azinian, quien se había ostentado como presidente de la empresa Global Waste Industries, Inc., propuso al presidente municipal de Naucalpan la celebración de un contrato para el manejo de los residuos sólidos de esa localidad. En su propuesta estaba prevista la participación de la empresa estadounidense Sunlaw Energy, Inc., sociedad con experiencia en la conversión de biomasa en energía, así como una inversión de 20 millones de dólares.

En este contrato, los demandantes se obligaron a adquirir setenta vehículos de tecnología de punta para sus operaciones de recolección. Sin embargo, su labor se inició y continuó únicamente con dos vehículos de carga frontal reacondicionados.

En 1994, la nueva administración mexiquense detectó diversas irregularidades en relación con el contrato, y así se lo comunicó a Desona (Desechos Sólidos de Naucalpan, S. A. de C. V.). Por tal razón, esta empresa inició un procedimiento administrativo ante el Tribunal Contencioso del Estado de México.

Pocos días después, el municipio revocó la concesión, y Desona amplió su demanda administrativa para incluir esta resolución. La sentencia de primera instancia resultó adversa a los intereses de Desona, por lo que esta empresa la apeló. Sin embargo, la Sala —tribunal de segunda instancia— confirmó esta primera resolución.

Así las cosas, Desona promovió un juicio de amparo. El Tribunal Colegiado de Circuito que conoció de este asunto dictó una sentencia favorable a Naucalpan, en la que se ratificaba la sentencia de la Sala y en la que se determinaba la legitimidad de nueve de las veintisiete irregularidades en las que el municipio había fundado la revocación de la concesión.

El 17 de marzo de 1997, los inversionistas estadounidenses Robert Azinian, Keneth Davitian y Ellen Baca, en su carácter de accionistas de la empresa mexicana Desona, presentaron una demanda en contra de México bajo el mecanismo del capítulo XI. Los inversionistas alegaron que el municipio de Naucalpan, Estado de México, había denunciado un contrato de concesión a su favor para recolectar los desechos municipales, operar un relleno sanitario, construir uno nuevo e instalar una planta de

<sup>45</sup> La exposición de este caso se hace conforme al laudo arbitral del 1o. de noviembre de 1999, el cual fue dictado por Benjamin R. Cilvetti, Claus von Wobeser y Jan Paulsson.



energía eléctrica. Esto constituía, según los inversionistas, una violación a los artículos 1105, “nivel mínimo de trato”, y 1110, “expropiación e indemnización” del TLCAN, por lo que reclamaron como suerte principal el pago de una suma estimada entre los 11,600 y los 19,203 dólares más los intereses y las costas correspondientes, entre otros conceptos.

El tribunal arbitral consideró que no se trataba de una expropiación, puesto que el ayuntamiento tenía motivos fundados para revocar la concesión, y los inversionistas no alegaron ni probaron que esos fundamentos constituyeran violaciones al capítulo XI del TLCAN.

Los inversionistas manifestaron que la revocación de la concesión constituía una infracción al derecho internacional, pues se fundaba en consideraciones no comerciales, y que no se había pagado una indemnización de daños y perjuicios. El tribunal estimó que este alegato se refería al artículo 1110 y no al 1105, como habían señalado los demandados, y que si no se ha contravenido el artículo 1110, tampoco el artículo 1105.

Asimismo, el panel estimó que había pruebas que combatían vigorosamente los razonamientos del municipio y de los tribunales mexicanos, pero que también las había sobre el hecho de que Naucalpan fue inducido al error respecto a la capacidad de Desona para cumplir con sus obligaciones. En fin, la credibilidad de los inversionistas quedó perjudicada, aduciendo que no podían defenderse legítimamente aduciendo que el municipio no debió haber creído las declaraciones de Desona, que eran tan optimistas como fraudulentas.

Finalmente, el tribunal resolvió a favor del gobierno mexicano, aunque vale mencionar que no hizo imposición de gastos ni costas a los demandantes, y estableció que los pagos a CIADI se realizarían por partes iguales.

### 3. *Waste Management I y II*<sup>46</sup>

Waste Management, Inc. (WM) es una empresa estadounidense líder mundial en la recolección y gestión de residuos,<sup>47</sup> que presentó dos reclamaciones por los mismos hechos en contra del gobierno mexicano.

<sup>46</sup> Para el estudio de este caso he tomado como referencia el laudo de abril de 2004, dictado por el panel (CIADI) integrado por James Crawford, Benjamin R. Civiletti y Eduardo Magallón Gómez. Caso núm. ARB(AF)/00/3.

<sup>47</sup> <http://www.ebic.org/pubs/wmx.html>.

WM fundó su reclamación en un título de concesión que data del 9 de febrero de 1995, por el cual el municipio de Acapulco, Guerrero, había otorgado a su subsidiaria en México, Acaverde, para que de forma exclusiva efectuara la recolección, limpieza de calles y gestión de residuos en Acapulco. En virtud de ese título, Acaverde también se obligaba a construir un relleno sanitario en un terreno que debía proporcionarle el municipio. Para garantizar las obligaciones de pago, Acapulco obtuvo una línea de crédito del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C. (Banobras).

Los problemas surgieron de inmediato, pues hubo resistencia de diversos grupos sociales para hacer efectiva la “exclusividad” de la concesión a Acaverde. Por una parte, los clientes se resistieron a la imposición de tarifas, y por la otra, hubo oposición de los porcicultores, quienes recogían los residuos de alimentos de los restaurantes para utilizarlos como alimento para sus animales, de los “piratas”, que recogían clandestinamente la basura, y de los carretilleros, quienes trabajaban a cambio de propinas.

En estas condiciones adversas, Acaverde logró celebrar contratos para la recolección de basura con 5,000 domicilios, pero tuvo que incrementar su personal y reducir las tarifas. El conflicto se agudizó con el incumplimiento a las obligaciones de pago. De las 26 facturas que presentó Acaverde, el municipio sólo pagó tres, una en forma completa y dos parcialmente, y Banobras cuatro. El Banco le informó a Acaverde que no realizaría más pagos hasta en tanto no fuera modificado el título de concesión, que incluía una revisión financiera, intención que habían manifestado ambas partes.

El municipio se quejó de que el servicio era incompleto, que el barrido de las calles era deficiente y que persistían los “puntos negros”. Por tal razón, en diversas ocasiones Acapulco tuvo que hacerse cargo de las quejas y de los “puntos negros” y tuvo que desviar recursos para efectuar operaciones sanitarias dentro de la zona turística.

En octubre de 1997, Acapulco se vio severamente afectado por el huracán Paulina, y sin ninguna consideración a este desastre natural, el 12 de noviembre de ese año Acaverde le comunicó al municipio la suspensión de sus servicios.

Acaverde inició dos procedimientos en contra de Banobras por el incumplimiento al contrato de apertura de línea de crédito, los cuales fue-

ron desestimados, y uno más en contra del municipio, el cual fue discontinuado.

Aún con los procedimientos locales en trámite, WM presentó el 29 de septiembre de 1998 una reclamación al amparo del capítulo XI. Esta reclamación fue desechada por incumplimiento al artículo 1121 del TLCAN, el cual señala que sólo podrá someterse una reclamación cuando se haya renunciado a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el artículo 1117 del TLCAN<sup>48</sup> ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario que no impliquen el pago de daños ante un tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la parte contendiente.

Waste Management nuevamente presentó la misma reclamación ante el CIADI el 18 de septiembre de 2000 por violaciones a los artículos 1115

<sup>48</sup> “Artículo 1117. *Reclamación del inversionista de una parte, en representación de una empresa*

1. El inversionista de una parte, en representación de una empresa de otra parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra parte ha violado una obligación establecida en:

(a) La sección A o el artículo 1503 (2), “Empresas del Estado”; o

(b) El artículo 1502 (3) (a) “Monopolios y empresas del Estado”, cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la parte de conformidad con la sección A, y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo, y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa presente una reclamación en los términos del artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del artículo 1120, el tribunal establecido conforme al artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección”.

y 1110 (1) del TLCAN, “nivel mínimo de trato” y “expropiación e indemnización”, respectivamente.

En tanto que la defensa de México se fundó básicamente en los siguientes tres puntos:

- 1) La demandante no tenía interés directo en la inversión realizada en México, pues el accionista directo era una compañía registrada en las Islas Caimán.
- 2) México rechazó que los incumplimientos fueran equiparables a una conducta violatoria del artículo 1105.
- 3) Negó que hubiese una expropiación directa o indirecta.

Sobre el primer punto, el tribunal señaló que aunque Acaverde se constituyó como una empresa caimanesa propiedad de Sun Investment, Co., a través de la controladora Aca Verde Holding, Ltd., fue adquirida por la estadounidense Sanifill, Inc., y aun cuando México no hubiese tenido conocimiento de ello, era intrascendente, pues el hecho de no conocer la identidad o la nacionalidad del inversionista no constituye una defensa si éste ha sufrido daños o pérdidas. Concluyó que no había límites cuando se trataba de una compañía controladora cuya nacionalidad corresponde a un tercer Estado, pues con esa amplitud las partes lo acordaron en el artículo 1117 (1) del TLCAN: “El inversionista de una parte, en representación de una empresa de otra parte *que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto*, podrá someter a arbitraje... una reclamación...”.

Las violaciones al artículo 1105 que los demandantes señalaron fueron que México no había otorgado un nivel mínimo de trato porque hubo denegación de justicia y una supuesta confabulación por parte de las autoridades.

Sobre los procesos judiciales, el tribunal determinó que en los juicios contra Banobras no hubo ninguna denegación de justicia, que ésta fue imparcial. Y señaló que en uno de estos juicios, Acaverde obtuvo puntos procesales a su favor y que aun cuando fue desechado, esto se hizo sin perjuicio de los derechos de Acaverde a demandar en la instancia correcta.

Además estimó que los juicios se iniciaron contra Banobras, cuando la controversia primordial era entre el municipio y Acaverde. Y enfatizó en el hecho de que Banobras no era garante absoluto de la deuda, y que cumplió con sus obligaciones hasta cierto punto. Además destacó que Ba-

nobras había discutido con las partes sobre la posibilidad de introducir cambios en los acuerdos para adecuar la concesión a las circunstancias fácticas. Por tanto, consideró que el fracaso no fue su responsabilidad, y que si Acaverde agotó los recursos contra Banobras, no fue una denegación de justicia que los tribunales federales hayan insistido en que la demandante debía ejercer una acción contra el municipio.

Sobre la reclamación en contra de Guerrero, el panel manifestó que esta entidad no era parte de la concesión ni garante de la misma, y respecto al municipio, estimó que aunque su cumplimiento había sido parcial, se encontraba en una genuina dificultad (diciembre); que había intentado buscar una solución alternativa, y que su incumplimiento no puede equipararse a una violación al artículo 1105, pues la falta de pago se justifica por la crisis financiera y no hay pruebas de que haya estado motivada por prejuicios sectoriales o locales.

Finalmente, concluyó que el capítulo XI no es un mecanismo de cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos, y que no se probó ni discriminación ni imparcialidad sobre la base de prejuicios regionales o locales o una clara ausencia de debido proceso. Por tanto, se rechazó la reclamación conforme al artículo 1105 (1).

En cuanto al tercer punto de la defensa, el tribunal arbitral reconoció que el concepto de expropiación del capítulo XI era extremadamente amplio, y que cada caso debe ser analizado de manera particular. Además de que las autoridades mexicanas no hicieron ninguna modificación unilateral a la concesión.

Asimismo, señaló que Acaverde nunca perdió el control y uso de su propiedad, pues en todo momento pudo prestar el servicio y cobrar las tarifas. Y que aun cuando se privó a Acaverde de un beneficio económico que razonablemente se esperaba, esta pérdida es aplicable a cualquier violación contractual, más esto no constituye un criterio suficiente para establecer que se trata de una expropiación. Otro caso hubiese sido si se hubieran obstaculizado los caminos jurídicos disponibles para procurar la reparación o si hubiera habido intransigencia gubernamental. En este orden de ideas, el tribunal arbitral resolvió a favor de México.

#### 4. *Bayview Irrigation et al.*

En agosto de 2004 se presentó el aviso de intención, y el 20 de enero de 2005 se notificó la reclamación, que versa sobre un supuesto incum-

plimiento del gobierno mexicano al Tratado de Aguas de 1944 entre Estados Unidos y México, que afecta los derechos de uso de agua de diversos distritos de riego texanos, ganaderos, agricultores y otros interesados, con lo cual se violan los artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN, por lo que reclaman una indemnización por la confiscación de sus derechos sobre el agua.

México alegó en su escrito del 19 abril de 2006 que las partes del TLCAN no consintieron someter al arbitraje inversionista-Estado todas las disputas que pudieren surgir al amparo de este Tratado, y menos aún disputas derivadas de otros tratados internacionales, como el de 1944. Además de que la reclamación no surge directamente de una inversión ubicada en territorio mexicano, y que en todo caso su reclamación ha prescrito, además de que su escrito incumple con los requisitos de procedimiento obligatorios.

El arbitraje ha iniciado, y cualquier juicio de valor resultaría precipitado. No obstante, el oportunismo y la agudización de los problemas ambientales quedan de manifiesto.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Aun cuando nuestra Constitución se encuentre en la cúspide de nuestro derecho nacional, ésta es una interpretación interna que deja en segundo plano a los tratados, y que internacionalmente es difícil sostener tanto en el ámbito político como jurídico.

Por otra parte, el capítulo XI del TLCAN debilita, en beneficio de las empresas transnacionales y de los inversionistas extranjeros, el poder del Estado. Sobre todo del Estado mexicano, que por ser un país en vías de desarrollo es, de modo preponderante, receptor y no importador de capital, a diferencia de Estados Unidos y, en menor medida, Canadá.

Además, el capítulo XI es impreciso y omite determinar puntos básicos, como el concepto de expropiación indirecta, y medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización. Esta deficiencia se agrava con las contradicciones entre este capítulo y nuestro derecho interno, así como con las omisiones y diferencias entre nuestra carta magna y nuestra legislación.

Ese conflicto está propiciando la generación de nuevas doctrinas, en las que debe prevalecer el derecho al medio ambiente sobre la inversión,

que pueden encontrar algún soporte en el artículo 1114 del TLCAN. Sin embargo, los paneles constituidos bajo este capítulo aún no han hecho ningún estudio sobre este artículo. Tampoco se ha invocado.

El derecho al medio ambiente es un derecho que debe sobreponerse a las normas constitucionales o instrumentos internacionales; es un derecho que ninguna inversión extranjera —ni nacional— debe transgredir. Se trata de un derecho innovador, de tercera generación,<sup>49</sup> de prioridad absoluta, pese a que su estructura y sustento doctrinal aún está en formación. La vida misma y la salud humana, y por añadidura nuestro modelo económico, esto es, comercio e inversión, dependen de la protección y consagración de este derecho.<sup>50</sup> Sin acceso a los recursos naturales, en cantidad y en calidad, el desarrollo humano es imposible.<sup>51</sup> Entonces, es indispensable encontrar un punto de equilibrio que permita, a la par, el resguardo ambiental en pro de las futuras generaciones y el desarrollo económico, es decir, un desarrollo sustentable.

<sup>49</sup> Después de los derechos de primera generación, civiles y políticos, y los de segunda, sociales y culturales.

<sup>50</sup> Franco del Pozo, Mercedes, “El derecho humano a un medio ambiente adecuado”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Bilbao, núm. 8, 2000, pp. 22, 23 y 28-31.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 20.