

# AMBIENTE Y TLC

## El pacto de gobernabilidad

**Mónica Rosell**

Consultora y negociadora internacional  
mrosell@terra.com.pe

### **Resumen**

El presente artículo pretende brindar, desde la perspectiva del desarrollo sostenible, una idea acerca de la dirección que tomará nuestro país a partir de la entrada en vigencia del TLC con Estados Unidos, en particular en lo referido a la relación entre lo ambiental y el comercio y la inversión. Nuestro propósito es que el lector aprecie que con la firma del TLC nuestro país ha trascendido la visión de lo ambiental como un componente moral o ético (y a veces marginal) de las relaciones económicas, para situarlo como un componente regulatorio y obligacional imbricado en el comercio y la inversión, a un punto tal que su incumplimiento puede acarrear sanciones tan severas como en cualquier otra materia relativa al acceso a mercados o su permanencia en ellos. Aun así, es menester aclarar que el TLC es apenas una expresión todavía inicial de un escenario multilateral más complejo y amplio, que reconoce en lo ambiental un elemento esencial de las relaciones económicas internacionales.

**Palabras clave:** TLC, ambiente, comercio, inversión, desarrollo sostenible, institucionalidad ambiental, regulación ambiental.

### **Abstract**

*This paper aims at providing, from a sustainable development perspective, an idea about the direction our country will take once the US-Peru FTA is enforced, regarding particularly the environmental, trade and investment areas. The signing of the FTA has led Peru to leave behind a view of the environment vision as a moral and ethical (some times marginal) component of economic relations, to turn it into a regulatory and mandatory consideration overlapping trade and investment to such an extent that failure to comply may lead to sanctions as severe as those pertaining to other matters related to for instance access to or permanence in a given market. Even so, it is worthwhile mentioning that the FTA is only an initial component of a more complex and broad multilateral scenario that recognizes in the environment an essential element of international economic relations.*

**Key words:** FTA, environment, trade, investment, sustainable development, environmental institutions, environmental regulations.

## Introducción

Con la aprobación en diciembre del 2007 del Acuerdo de Promoción Comercial (que para efectos de este artículo denominaremos en adelante TLC) suscrito con el Perú, el Senado norteamericano bajó la bandera del partidador para la denominada fase de implementación. Así empezó para nuestro país una nueva etapa que implica no sólo el inicio del cumplimiento de un paquete de obligaciones incorporadas en un tratado internacional, sino también la consolidación (al menos por algún buen tiempo) de una manera de ver y hacer las cosas por parte del Estado en los campos económico, ambiental y social de la regulación y la gestión públicas.

En efecto, desde el punto de vista de la concepción de política, el TLC expresa, aunque todavía a un nivel básico, una forma de aproximarse hacia el comercio y la inversión desde el concepto del desarrollo sostenible, redefiniendo de paso los parámetros de ejecución gubernamental a favor de un mejor balance de los componentes económicos, sociales y ambientales.

A fin de comprobarlo, comparemos las disposiciones del preámbulo del Tratado de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC) con la correspondiente del TLC, en donde se expresan las razones políticas que animaron a las partes a suscribir los respectivos tratados. La OMC se limita a señalar que sus miembros reconocen:

... que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben [...] permitir al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo

sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico.

El TLC, por su parte, dispone que uno de los propósitos de las partes es «implementar este tratado en forma coherente con la protección y conservación del medio ambiente, promover el desarrollo sostenible y fortalecer la cooperación en materia ambiental». Como se observa, en tanto que lo ambiental en el marco de la OMC es un deseo o aspiración, en el TLC es una obligación.

El presente artículo pretende brindar, desde la perspectiva del desarrollo sostenible, un panorama de la dirección que tomará nuestro país a partir de la entrada en vigencia del TLC, pero restringiéndolo, por razones de espacio, a las relaciones entre lo ambiental y lo económico y, en particular, entre este y el comercio y la inversión. Con tal fin, presentamos algunos ejemplos de esa relación en lo normativo y lo institucional, tanto en lo que se refiere a algunos de los contenidos del Capítulo Ambiental como de ciertas obligaciones transversales dispuestas en otros capítulos del TLC. Por la misma razón de espacio, tampoco se aborda aquí el análisis de las cuestiones derivadas del anexo forestal incluido en el Protocolo de Enmienda a dicho Tratado, el cual merece un tratamiento distinto del que hasta la fecha ha sido recogido por la prensa. Terminamos este breve artículo con algunas reflexiones relativas a la agenda de las acciones de implementación que siguen a la puesta en vigencia del Tratado y para el aprovechamiento de sus condiciones.

## 1. El TLC y el ámbito de lo ambiental

¿Cuál es la relación que existe entre un acuerdo comercial como el TLC con Estados Unidos y lo ambiental? ¿Y por qué un acuerdo comercial tendría que preocuparse de los aspectos ambientales?

La relación entre comercio e inversión y medio ambiente se explica desde los niveles más básicos de la racionalidad económica. Sencillamente, el ambiente provee la materia prima, los insumos y las fuentes de energía necesarios para producir, procesar y exportar bienes y servicios que luego se comercian, consumen y disponen. Todas estas operaciones, a su turno, inciden y afectan los ecosistemas y el ambiente. Como se observa, sin ambiente no existe ni comercio ni inversión. La evidencia económica indica que si las relaciones de comercio e inversión olvidan la dimensión ambiental, se limitan en sus alcances y pierden eficacia.

Como bien se puede intuir, debido a que los lazos que unen lo ambiental con el comercio y la inversión son profundos, el TLC le confiere una cobertura muy amplia: un capítulo entero, el 18, del TLC; un convenio, paralelo y legalmente separado, denominado Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA); una Carta Adjunta sobre Biodiversidad y Propiedad Intelectual; y una serie de cláusulas que están presentes a lo largo de todos los otros capítulos del TLC, desde el preámbulo hasta las disposiciones finales y complementarias. Aun así, si lo comparamos con los avances que este tema tiene en el escenario internacional, se puede decir que el TLC presenta una postura conservadora de esta dimensión del desarrollo sostenible.

A pesar de ello, para un país como el nuestro, que sólo ocasionalmente está presente en esas discusiones internacionales y cuyas grandes líneas de política han tendido hasta ahora a ignorar el tema ambiental o, a lo más, a enfocarlo desde un punto de vista netamente defensivo –esto es, procurando evitar que se constituya en un obstáculo para el comercio y las inversiones–, este tratado lo obliga a repensar su línea de comportamiento y lo coloca en la necesidad de articular nuevas posturas que implican la necesidad de emprender sendas reformas normativas e institucionales.

## 2. El capítulo ambiental del TLC

El ámbito del capítulo está delimitado por lo dispuesto en su artículo 18, que define lo que se entiende por normativa ambiental como

...cualquier ley o regulación cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de un peligro para la vida o salud, humana, animal o vegetal, mediante:

- a) La prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;
- b) El control de sustancias o productos químicos, materiales y desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ellos; o,
- c) La protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial.

En ese marco, una síntesis de los contenidos de este capítulo es la siguiente:

- Reconoce la facultad de cada país de disponer sus propios estándares ambientales.

- Obliga a la efectiva aplicación de la normativa ambiental vigente en el país.
- No permite la rebaja de estándares de protección con el pretexto de incentivar el comercio o la inversión.
- Obliga a la efectiva implementación de ciertos acuerdos multilaterales ambientales y que su falta de aplicación no afecte el comercio o la inversión.
- Obliga a ejercer razonabilidad, buena fe y articulación, en la decisión de llevar o no llevar adelante investigaciones administrativas y procesos judiciales, así como para asignar o no recursos a la fiscalización ambiental.
- Obliga a asegurar el pago de compensaciones o reparaciones ambientales, así como a adoptar medidas cautelares y definitivas de reparación, mitigación u otras.
- Promueve el mejoramiento del desempeño ambiental y el uso de mecanismos flexibles, voluntarios y basados en incentivos (incluyendo estos últimos los de mercado).
- Considera acciones de fortalecimiento de capacidades para proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible. Asimismo, se compromete a ampliar las relaciones de cooperación en asuntos ambientales.
- Reconoce la importancia de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, así como su rol en el logro del desarrollo sostenible, y se compromete a promoverla y fomentarla.
- Reconoce la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales y prácticas de las comunidades indígenas (y otras) que contribuyan a tal conservación y uso sostenible, así como la participación y consulta pública, como se establece en su legislación doméstica, en asuntos relacionados.
- Aunque no lo reconoce expresamente, abre la posibilidad de negociar a futuro el tema de la relación entre biodiversidad y propiedad intelectual.
- Crea una institucionalidad compleja a través de un Consejo de Asuntos Ambientales, una oficina de apoyo a los miembros ante ese consejo; un comité asesor en comercio y ambiente, un subcomité de manejo del sector forestal, una secretaría especializada para ver las reclamaciones de inaplicación de la regulación ambiental y un comité de cooperación ambiental encargado del manejo y definición de las acciones de cooperación (este último en el marco del Acuerdo de Cooperación Ambiental); y un punto de contacto para surtir los procedimientos de consulta interpartes con relación al capítulo ambiental.
- Establece una serie de condiciones relativas a la transparencia y participación del público en lo relativo al diseño, aplicación, cumplimiento y observancia de la regulación ambiental, así como sobre los procedimientos de infracciones ambientales y todo lo relacionado a la implementación del propio TLC.
- Establece un procedimiento especial sobre asuntos de incumplimiento a través de la secretaría especial antes mencionada y le encarga la investigación de las reclamaciones por falta de aplicación efectiva de la legislación ambiental.
- Habilita el recurso al mecanismo de solución de controversias general del

TLC (arbitraje comercial) para las controversias ambientales.

- Incluye un anexo sobre manejo del sector forestal que considera una extensa agenda cuyo propósito principal es disminuir la competencia desleal y el contrabando de productos maderables y fauna silvestre que compiten con otros de fuentes de tala legal en Estados Unidos.

El TLC no impone al Perú ningún estándar prefijado de protección ambiental, pero sí lo obliga, según quedó establecido en el Protocolo de Enmienda de ese tratado, a «procurar asegurar» que sus leyes y políticas nacionales proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental. Esto significa que nuestro país es el que, en ejercicio de sus facultades soberanas, establece sus propios niveles de protección ambiental.

Al no tratarse de una obligación legal perentoria, alguien podría señalar que el Estado ya no estaría presionado para establecer altos niveles de protección ambiental, por lo que las cosas podrían seguir como están. Sin embargo, la tendencia internacional está a favor de adoptar medidas acordes con las mejores prácticas ambientales, tendencia que a su turno recoge exigencias actuales del mercado internacional referidas a la internalización de los costos ambientales y a procurar altos niveles de desempeño en todos los ámbitos, incluido el ambiental.

Vale la pena mencionar que si bien se suele argumentar que la internalización de los costos ambientales encarece los precios de nuestros productos, las evidencias económicas y financieras que documentan esta tendencia demuestran que una actitud

ambientalmente responsable genera, en el mediano y largo plazos, mayores réditos económicos que los obtenidos por empresas que no lo hacen.

Una segunda obligación importante del TLC es la que imposibilita a las partes a dejar de aplicar o de hacer efectivas sus propias regulaciones ambientales, incluyendo las referidas a la implementación y cumplimiento de un grupo de acuerdos multilaterales ambientales. No se define lo que habrá de entenderse por «aplicación efectiva», por lo que hay cierta ambigüedad en la determinación de la eventual falta; de todos modos, en el contexto del TLC, para que el Estado sea responsable por esa falta de cumplimiento o efectivización, se requiere que la acción o inacción sea sostenida y recurrente en el tiempo y que afecte el comercio o la inversión entre el Perú y Estados Unidos.

Esta obligación se garantiza empoderando a la población en el monitoreo y supervigilancia del correcto cumplimiento del Estado de sus propias leyes ambientales. En tal sentido, le atribuye la potestad de iniciar una investigación que eventualmente pudiera hacer al Estado pasible de sanciones. Esto tiene como efecto que el Estado deba cuidar, de ahora en adelante, la calidad y factibilidad de las disposiciones que emite en materia ambiental y que las mismas tengan un efectivo respaldo de la institucionalidad vigente. Asimismo, implica la necesidad de revisar la legislación vigente a fin de verificar que todos los ámbitos de acción ambiental se encuentren alineados.

El TLC dispone que el Estado debe abstenerse de dejar sin efecto su regulación ambiental o de reducir o de debilitar los niveles de protección, con el fin de generar

incentivos o adoptar cualquier otro tipo de medida para promover el comercio o la inversión. Una interpretación extensiva, pero legalmente admisible, señalaría que esta obligación incluiría también toda disposición o acto del Estado que deliberadamente o no tenga como efecto tal debilitamiento o rebaja de la protección.

Si bien ni el TLC ni la enmienda definen qué debe entenderse por «debilitamiento o reducción» de estándares ambientales, es claro que lo que este tratado busca es limitar la posibilidad de que se promueva el comercio o la inversión mediante medidas que degraden o afecten el ambiente.

Un ejemplo de los efectos prácticos de la disposición comentada podría ser la reciente discusión sobre si la pretendida reducción de los límites del Parque Nacional Bahuaja-Sonene con el objeto de facilitar la prospección hidrocarburífera pudiera constituir o no un incumplimiento al TLC. En este caso, el artículo 108 de la Ley General del Ambiente N.º 28611, 22 de la Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica N.º 26839 y 21 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas disponen el dominio público y carácter definitivo de las áreas naturales protegidas; que el aprovechamiento de los recursos naturales y cualquier otra actividad dentro de las mismas deben ser compatibles con la categoría y zonificación asignada, así como con los planes de manejo del área; y que, tratándose de parques y santuarios, no se permite investigación científica manipulativa ni la extracción de recursos naturales.

La disposición del TLC, a diferencia de la anteriormente comentada, no hace referencia expresa a la afectación del comercio y la inversión de las partes, por lo que

pareciera tener carácter general, pero a la luz del contexto en el que esta disposición opera y vinculándola a las condiciones de funcionamiento del mecanismo de solución de controversias, podría sostenerse que es menester que exista afectación de intereses o capitales norteamericanos relacionados al comercio o la inversión para que la misma genere sus efectos. En cualquier caso, es importante considerar que esta obligación bajo ningún concepto implica que el Estado está impedido de ejercer sus capacidades de regulación y modificación normativas y menos aun una disminución en sus capacidades decisorias, siempre que el ejercicio de tales capacidades sea el resultado del ejercicio regular de facultades legales preexistentes.

Como es sabido, esta iniciativa fue retirada, pero sirve de ejemplo para ilustrar la necesidad de una gestión pública coherente a lo largo de todos los estamentos del Estado. Estudios del Banco Mundial y del PNUMA, entre otras instituciones, identifican a los aspectos de cumplimiento y observancia (o aplicación efectiva) de las normas ambientales entre las mayores debilidades de los países en vías de desarrollo. No es de extrañar, por lo tanto, que el TLC aborde este asunto, en particular teniendo presente los bajos niveles de performance ambiental de nuestro país en comparación con los de varios países de la región.

El TLC presta mucha atención a garantizar el pago de reparaciones e indemnizaciones ambientales. La práctica nacional en este sentido tampoco nos favorece mucho. En efecto, debido a la sectorización y fragmentación del tema ambiental en nuestro país, la instancia administrativa no exhibe una conducta homogénea en el tratamiento de la responsabilidad ambiental. Lo cierto es que el tratamiento de la responsabilidad

ambiental varía en función de las políticas y procedimientos establecidos por cada institución competente, a tal punto que en tanto existen sectores que han desarrollado una regulación importante hay otros que ni siquiera la han considerado.

Se suma a lo anterior lo difícil que resulta llevar con éxito un caso de responsabilidad ambiental ante el Poder Judicial, debido, entre otros factores, a las dificultades para valorar servicios como los que presta el aire limpio, o los beneficios que brinda el mantenimiento de la biodiversidad. A la luz del TLC será menester reforzar el estado de la justicia ambiental en nuestro país.

Una novedad del TLC (artículo 18.2 del texto enmendado) es que hace obligatorio el cumplimiento de un grupo de acuerdos multilaterales ambientales (AMA) que son: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES); Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono; Protocolo de 1978 Relativo al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de Buques; la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas; Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos; Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena; y la Convención para el Establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical.

Esta obligación, que incluye los futuros protocolos o modificaciones de los AMA citados y cuya lista puede extenderse por acuerdo entre las partes, genera responsabilidad del Estado por la falta de implementación o implementación deficiente si con ello se afectara el comercio o la inversión

entre Estados Unidos y el Perú. Ahora bien, la posibilidad que esto ocurra no es tan remota si se considera que precisamente todos esos AMA, con diferentes grados, contienen disposiciones de orden comercial y si se tiene en cuenta el bajo nivel de implementación y observancia que por razones de falta de presupuesto y recursos, entre otras causas, tienen a la fecha los mencionados acuerdos.

Los acuerdos multilaterales ambientales superan hoy los 200 en el ámbito internacional, habiéndose suscrito más de la mitad de ellos en los últimos diez años. Asimismo, cada vez es mayor el número de esos convenios que incorporan disposiciones vinculadas al comercio o a la inversión. Este desarrollo da cuenta de la importante interdependencia ambiental entre los países y explica por qué el Protocolo de Enmienda del TLC incluyó la referencia a los AMA. La otra razón claramente se ubica en el campo de los intereses económicos y en el objetivo por parte de Estados Unidos de garantizar a sus empresas que la competencia de las empresas norteamericanas en el Perú internalice los costos ambientales.

No deja ser interesante que el TLC opte expresamente por establecer una relación de apoyo mutuo y reforzamiento recíproco entre los acuerdos ambientales y los acuerdos comerciales de los que el Perú y Estados Unidos sean parte y, en tal sentido, busque equilibrar sus obligaciones con respecto a ambos tipos de convenios (lo cual no impide que se adopte una medida en particular para cumplir con obligaciones del AMA, siempre que el objeto principal de la medida no sea imponer una restricción encubierta al comercio). En este sentido, el TLC ha marcado la senda a favor de la complementariedad necesaria entre las obligaciones comerciales y las ambientales,

descartando la opción del antagonismo comercio-ambiente.

El texto enmendado del TLC dispone que de surgir una controversia sobre cualquier asunto relacionado con el capítulo ambiental, incluida la inaplicación efectiva de la legislación ambiental o de un AMA listado, será posible recurrir a consultas directas entre las partes o, en su defecto, requerir la intervención del Consejo Ambiental, creado por el tratado. De no llegarse a una solución mutuamente satisfactoria, podrá requerirse la intervención de la Comisión de Libre Comercio del mismo TLC e incluso llegar al arbitraje comercial, aunque con la obligación de que el panel consulte primero a la entidad nacional competente y considere detenidamente sus razones.

El tratado dispone, adicionalmente, la eventualidad de que la parte perdedora deba sujetarse al pago de una compensación o inclusive se suspenda sus beneficios. La compensación es un arreglo monetario que opera cuando las partes contendientes no pudieron llegar a un acuerdo sobre la ejecución de la solución indicada por el panel. La suspensión de beneficios constituye la medida de último recurso que consiste en aplazar temporalmente las concesiones otorgadas bajo el TLC cuando el acuerdo compensatorio entre las partes en conflicto no prosperó o se ejecutó defectuosamente y en tanto y en cuanto se mantenga la conducta infractora, debiendo ser proporcional a la misma.

En el esquema del TLC original, los pagos compensatorios se dirigían a un fondo cuyo objeto era financiar los esfuerzos de mejoramiento de cumplimiento de la legislación ambiental de la parte demandada. El acuerdo bipartidario entre los representantes demócratas y republicanos

del Congreso norteamericano y que fue la base del Protocolo de Enmienda de nuestro TLC consideró que no era dable pagar a ningún país para que cumpla con las obligaciones legales que le conciernen; en ese sentido, dispuso que los pagos de la parte perdedora se destinen a la vencedora, como ocurre con cualquier disciplina comercial. Si bien se mantiene alguna mención a dicho fondo, su existencia sólo podrá ser viable si como resultado de una negociación ulterior el Perú logra persuadir a Estados Unidos de instalarlo.

En el aspecto comparado, no se conocen precedentes en los que los asuntos ambientales se sometían a mecanismos de solución de controversias y sanciones comerciales. De hecho, esto constituye una novedad incluso para Estados Unidos, cuya práctica, salvo en el ámbito de la OMC, es comúnmente poco predispuesta a utilizar este tipo de procedimientos. El caso es que si ya el TLC tenía características de un enfoque de comando y control antes que de incentivo y promoción de conductas favorables al ambiente, el Protocolo de Enmienda de este tratado definitivamente lo inscribe en el primer enfoque.

### **3. Las obligaciones transversales del TLC**

Fluyen del concepto de desarrollo sostenible una serie de relaciones transversales entre el comercio y la inversión y el ambiente. A continuación referiremos algunos de los ejemplos que en el TLC ilustran ese tipo de relaciones.

#### **En materia de comercio**

Como regla general, los acuerdos comerciales que tienen por finalidad liberalizar

el tránsito comercial entre las partes se estructuran sobre dos pilares fundamentales: el principio de no discriminación y la prohibición de generar obstáculos injustificados al comercio. El principio de no discriminación se basa, a su turno, en dos estándares bastante conocidos: los principios de trato nacional y de nación más favorecida. Ahora bien, estos estándares tienen excepciones. Las más conocidas son las que se expresan en el artículo XX del Acuerdo General de Aranceles y Comercio de la Organización Mundial de Comercio (GATT 97), cuyos literales b) y g) se refieren a la vida y salud de las personas, animales y vegetales y a la protección y conservación de los recursos naturales renovables (vivos o no). El TLC replica en su texto esta misma relación.

Sin embargo, como quiera que las mencionadas excepciones ambientales no pueden invocarse por cualquier motivo o circunstancia, sino que se sujetan a una concepción y metodología determinadas, el desempeño ambiental debe insertarse dentro de ciertos patrones de comportamiento. En la práctica, ello implica la necesidad de que el análisis ambiental incorpore, en adelante, la lógica del comercio y de la inversión, y viceversa. En este sentido, se deberá ser cuidadoso cuando se trate de la limitación de los flujos de comercio e inversión por razones ambientales y, en el contexto del TLC, particularmente cuando dichas restricciones provengan de acuerdos multilaterales ambientales de los cuales Estados Unidos no sea parte.

Otro tema transversal es el de la relación entre tributación y ambiente, ámbito que aún permanece relativamente inexplorado en nuestro país y que merecería un detenido abordaje, tanto en lo que se refiere a sus posibilidades de implementación

como a sus efectos directos e indirectos en el desarrollo ambiental. Dentro de ello, cabe mencionar la posibilidad de establecer incentivos de mercado a favor de prácticas ambientalmente sostenibles, lo cual implica, a su turno, un cambio en el enfoque tradicional de las políticas de Estado en esta materia.

Un ejemplo de prácticas tributarias con sustento ambiental podría ser el de las rebajas arancelarias, bonos o devolución impositiva en tecnologías limpias. Si bien tradicionalmente esto era visto por el empresariado como un costo y hoy se enfoca como una inversión, es innegable que no todos los empresarios están dispuestos a realizarla, sea porque provienen de una cultura acostumbrada a las conductas indiferentes al ambiente, sea porque carecen de recursos para ello o sea porque el mercado, por diferentes motivos, no les compensa dicha inversión. Como quiera que, de acuerdo con el ciclo económico, normalmente producir limpio cuesta más en las primeras etapas de producción, este esfuerzo bien podría verse retribuido con ajustes compensatorios o rebajas arancelarias de importación no vinculadas a requisitos de desempeño. De paso, esto abre un debate en el que nuestro país ha estado hasta ahora ausente y es el relativo a la definición de los «bienes ambientales», asunto que deberemos afrontar en el corto plazo y que, sin lugar a dudas, la Unión Europea planteará en sus negociaciones con la Comunidad Andina.

Otro ejemplo es el de las ayudas estatales para el desarrollo de la frontera agrícola que no se base en la destrucción de bosques o en prácticas contrarias al ambiente. Estas medidas que en el lenguaje de la OMC se denominan «subsidios de caja verde» no son objeto de impugnación, ya que están

permitidas por dicho organismo. Esta posibilidad también es reconocida por el TLC, ya que este reafirma los derechos de las partes ante la OMC, y ayudaría a revertir los efectos de las disposiciones actuales sobre expansión de esa frontera que, sin proponérselo, han incentivado la quema de bosques con el objeto de convertir las tierras en eriazas y consecuentemente hacerlas pasibles de asignación agrícola.

### **En materia de inversiones**

Desde siempre y particularmente desde inicios de los años 90, nuestro país ha venido desarrollando una política de franca apertura y promoción de las inversiones extranjeras directas. De hecho, además de haber suscrito más de 30 acuerdos bilaterales de inversión, reformó completamente su marco regulatorio interno para convertirlo en uno de los instrumentos legales más promotores y liberalizadores de la región. Es claro que siendo el nuestro un país rico en recursos naturales renovables y no renovables, con un relativamente modesto *rating* de exportaciones, baja acumulación de capital nacional y un nivel moderado-alto de endeudamiento, la apuesta política sea precisamente por las inversiones.

La razón de suscribir el TLC tiene mucho que ver con esta orientación, pues recordemos que el proceso negociador se desencadena a raíz del inminente término de las preferencias arancelarias andinas (ATPDEA) y la necesidad de establecer condiciones de más largo plazo que permitieran un marco de seguridad jurídica a las inversiones productivas nacionales orientadas a la exportación.

Fuera de las razones de formato y de repetir un molde que viene desde el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte

(NAFTA), el capítulo de inversiones del TLC no podía, en ese contexto, dejar de incorporar los resultados de ese cúmulo de acuerdos bilaterales de inversión, poniendo al día sus contenidos con las últimas evoluciones sobre la materia y, especialmente, la experiencia de la práctica del NAFTA, derivada de las repercusiones de su capítulo 11 en el campo ambiental. Así, el TLC al tiempo que prevé la figura de la expropiación indirecta, excluye expresamente el ejercicio regulatorio ambiental del Estado, siempre que no sea discriminatorio, y ello es el resultado de una lección aprendida.

Igualmente, entre otras previsiones, incorpora obligaciones adicionales de transparencia y participación pública en el procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado previsto en dicho capítulo. En efecto, los crecientes cuestionamientos de la sociedad civil y de varios sectores del Estado llevaron a las tres partes del NAFTA –Estados Unidos, Canadá y México– a acordar un reglamento especial en el que se garantizara la publicación de los laudos y de las diversas etapas del procedimiento arbitral, la recepción de escritos de terceros interesados y la realización de audiencias públicas, ya que comprendieron que una cosa es la aplicación de un mecanismo comercial para asuntos de interés privado y otra muy distinta la aplicación de ese mecanismo a asuntos que trascienden al interés público. En tal documento las partes dispusieron, asimismo, la creación de una segunda instancia revisora de los laudos a fin de asegurar coherencia y asegurar cierto grado de homogeneidad y predictibilidad en los resultados. Nuestro TLC hereda estas mismas reformas.

Ahora bien, no obstante sus méritos, no escapa al análisis el desbalance que existe en el capítulo de inversiones del TLC entre

los derechos y garantías al inversionista y sus obligaciones. Más allá de simplemente seguir un formato que viene desde los BIY, debido a un exceso en la orientación promotora, los textos negociados tienen mucho de lo primero y casi nada de lo segundo. Precisamente, en la búsqueda de un balance es que en las negociaciones posteriores al TLC emprendidas por nuestro país, se está buscando incorporar conceptos como el de la responsabilidad social<sup>1</sup>, la cual, además de procurar ese balance, refuerza esa orientación promotora, ya que acorde con el comportamiento de los mercados financieros, la falta de responsabilidad social de una empresa afecta directamente su nivel de riesgo, incrementándolo, con lo cual crece su tasa de descuento, se altera la estabilidad de los flujos de sus dividendos y consecuentemente cae el valor de sus acciones. Se puede decir, por lo tanto, que el TLC ha detonado una nueva perspectiva que evidencia que si nuestro país quiere rentabilidad económica de mediano y largo plazo, debe orientar sus políticas y las conductas del empresariado hacia la responsabilidad ambiental y la mutua correspondencia de la gestión de las inversiones con esa variable.

La importancia de la variable ambiental en el comportamiento del mercado, y en particular de la inversión, también se ilustra en el campo financiero: tanto la banca de desarrollo como la banca inversión incorporan sendas condiciones de orden ambiental en sus políticas de préstamo y cooperación. Lo ambiental, por lo tanto, es un criterio de elegibilidad para el acceso al crédito.

1. Hay mucha literatura económica y financiera que ilustra este punto. Puede consultarse, entre otros: Brealey R. y Myers S. La financiación empresarial y las seis lecciones de la eficiencia del mercado. En: *Principios de finanzas corporativas*. 7.a ed. McGraw Hill, 2002, cap. 13.

Siendo ello así, se aprecia que cumplir con el ambiente es y será cada vez un mejor negocio tanto para el Estado como para el inversionista.

#### **4. La situación posterior al TLC y los retos de la implementación**

A la fecha, ha habido al menos tres diferentes interpretaciones de lo que significa implementar el TLC. La primera se circunscribe a aquellas obligaciones estrictamente indispensables para la entrada en vigencia del acuerdo, lo que en términos ambientales podía significar preocuparse únicamente de las condiciones de cumplimiento de los acuerdos multilaterales ambientales enumerados en el Protocolo de Enmienda y del anexo forestal. La segunda involucra las acciones indispensables para la entrada en vigencia de este tratado y también aquellas necesarias para cumplir los compromisos señalados en él. La tercera, que ha sido adoptada por nuestro Gobierno, es aquella que involucra no solo lo necesario para cumplir el TLC, sino también todo aquello requerido para su mejor aprovechamiento.

Recientemente (diciembre del 2007), el Congreso confirió al Ejecutivo facultades normativas delegadas para facilitar el proceso de implementación del TLC. Las medidas regulatorias por ser adoptadas se han dividido en dos grupos: las destinadas a acelerar el proceso de implementación propiamente dicho para la pronta entrada en vigencia del TLC y las destinadas a mejorar la competitividad económica para su mejor aprovechamiento. El tipo de medidas que pudieran ser adoptadas se distribuyen en ocho categorías:

- Facilitación del comercio.

- Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado.
- Mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativo.
- Promoción de la inversión privada.
- Impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades.
- Promoción del empleo y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas.
- Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
- Mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

Las cuestiones de implementación serían abordadas en nueve mesas a cargo del Ministerio de Comercio Exterior: Acceso a Mercados, Reglas de Origen, Procedimientos Aduaneros, Defensa Comercial, Contratación Pública, Servicios Financieros, Telecomunicaciones, Propiedad Intelectual, Medio Ambiente (siguiendo la estructura del TLC).

Las cuestiones de competitividad estarán bajo la coordinación del Consejo Nacional de Competitividad y abarcarían los siguientes temas: Facilitación del Comercio; Marco Regulatorio, Fortalecimiento Institucional, Simplificación Administrativa y Modernización del Estado; Administración de Justicia en Materia Comercial

y Contencioso Administrativa; Inversión Privada; Innovación Tecnológica, Calidad y Formación de Capacidades; Empleo y Mypes; Gestión Ambiental; y Fomento de la Competitividad Agropecuaria.

Como se observa, los asuntos ambientales se reparten entre ambos grupos y varias de sus respectivas mesas. Ahora bien, el horizonte previsto para la culminación de labores de las mencionadas mesas es muy corto, ya que debe ser inferior al de los seis meses de la delegación de facultades. Por lo tanto, es claro que, debido a la estrechez del tiempo, el sector público sólo alcanzará a cubrir en esta primera etapa lo más indispensable. Lo cual indica que el proceso de implementación, realistamente, demorará algún tiempo más.

En definitiva y como se concluye de estas reflexiones, el TLC con Estados Unidos en lo que se refiere a la relación economía y ambiente es, esencialmente, un pacto de gobernabilidad cuyo cumplimiento requiere de dos condiciones: el sinceramiento del cuadro institucional y la racionalización del cuadro regulatorio. Ese es el reto y ese es el compromiso. Los próximos TLC seguramente no harán sino profundizar los compromisos iniciales del acuerdo con Estados Unidos. En esa perspectiva, la labor que tiene nuestro país por delante es compleja y ambiciosa, ya que deberá orientar sus acciones en la senda del desarrollo sostenible a fin de que nuestro país esté no sólo en capacidad de cumplir los compromisos asumidos, sino también de aprovechar sus ventajas para beneficio de todos.