

La protección de la inversión extranjera y la solución de controversias en la materia

Rafael Pérez Miranda*

A efecto de facilitar la canalización de capital extranjero a los países en desarrollo, minimizando los riesgos derivados de hechos políticos y de política económica, el Banco Mundial ha creado tres instituciones: la Corporación Internacional de Financiamiento, cuyo convenio fue aprobado en 1955, el Centro Internacional para la Solución de Controversias sobre Inversiones en 1965 y la Agencia Multilateral de Garantías de Inversiones (MIGA) cuyo convenio constitutivo fue aprobado en 1985.

1. La garantía internacional de la inversión extranjera directa establecida por el Banco Mundial

A efecto de facilitar la canalización de capital extranjero a los países en desarrollo, minimizando los riesgos derivados de hechos políticos y de política económica, el Banco Mundial ha creado tres instituciones: la Corporación Internacional de Financiamiento, cuyo convenio fue aprobado en 1955, el Centro Internacional para la Solución de Controversias sobre Inversiones en 1965 y la Agencia Multilateral de Garantías de Inversiones (MIGA), cuyo convenio constitutivo fue aprobado en 1985.

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (conocido por sus siglas en inglés MIGA) asegura (o reasegura) nuevas inversiones directas en países en desarrollo, pudiendo cubrir en estas operaciones los siguientes riesgos *no comerciales*: a) *transferencias de moneda*, para el caso en que me-

didadas de control de cambio impidan convertir los ingresos de las empresas; b) *expropiación o cualquier privación o despojo que se realice al inversionista*, si no se logra una indemnización plena y adecuada; c) guerra y disturbios civiles; d) *incumplimiento de contrato*, cuando el inversor no pueda hacer cumplir un contrato suscrito con el país huésped, cuando el inversor no tenga acceso a un foro arbitral o judicial competente, o cuando no pueda lograr el cumplimiento de un laudo arbitral o decisión judicial que le hubiera sido favorable.

El objeto de la cobertura es la nueva inversión extranjera directa entendida en sentido amplio; puede cubrir inversiones en la adquisición total o parcial de empresas estatales privatizadas, ampliación de inversiones preexistentes, préstamos otorgados o garantizados por accionistas, contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de franquicias e incluso préstamos realizados por empresas financieras orientados directamente a la inversión. Si bien el convenio constitutivo se abrió para la firma de los miembros del Banco y Suiza el 11 de octubre de 1985, entró en vigencia en abril de 1988, y a diciembre de 1991 se habían adherido 16 países desarrollados y 58 en vías de desarrollo (entre ellos todos los de Europa occidental y oriental); pero no lo habían hecho casi ninguno de los países impor-

* Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

lantes de América Latina,¹ en una reacción similar a la que tuvieron con el sistema de arbitraje respecto a inversiones creado por el Banco Mundial. El motivo principal es que consideraron que el sistema obligaría a eliminar la aplicación de la Doctrina Calvo del derecho positivo nacional y de las transacciones, lo cual facilitaría la vocación intervencionista de algunos países desarrollados.²

1.1. La Doctrina Calvo y la I.E.D.

Si bien no fue expuesta por el internacionalista argentino con precisión, su desarrollo teórico se puede resumir en: a) ninguna persona extranjera puede pretender mayores derechos que los nacionales -versión inversa del principio de "trato nacional"-resida o no en el país huésped, b) La aplicación del derecho nacional a personas jurídicas extranjeras o a los bienes de las mismas no da derecho a la protección diplomática de otro país, interpretación que no implica descartar la gestión diplomática sino el intervencionismo derivado de las mismas, c) Los conflictos derivados de inversión extranjera y las negociaciones vinculadas a la misma (inversión financiera, transferencia de tecnología) se dirimen por la justicia del país huésped y según su derecho. Estas disposiciones son, en principio, de orden público e inderogables por las partes³.

De estos contenidos, México recoge la obligación que se impone a los extranjeros que invierten en el país de que renuncien a la protección diplomática de países extranjeros cuando considere que se afectaron ilegítimamente sus inversiones, en la llamada cláusula Calvo. Los países industrializados, en su mayoría, aceptan estas disposiciones como ley entre las partes (país huésped e inversor) si bien consideran que no les puede ser opuesta como principio.

1. El primer país de América Latina que se adhirió al tratado de solución de controversias del MIGA fue Argentina, con limitaciones respecto a la instancia judicial nacional previa.
2. Véase sobre el tema: WJALLACE, Laura, "El organismo Multilateral de Garantía de Inversiones en plena actividad", en Rev. *Finanzas & Desarrollo*, FMI y BM, Washington, marzo de 1992, pp. 48-49. DÍAZ, Luis Miguel, "La inversión extranjera. Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA", en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 20, Ed. Escuela Libre de Derecho, México, 1990. SHIHATA, Ibrahim F.I., "The settlement of disputes regarding foreign investments: the role of the World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA", Comment: RUSSELL L. Munk; en el libro EFROS, Robert C. (edited by) *Current legal issues affecting Central Banks*, Ed. International Monetary Fund, Washington D.C., mayo de 1992, pp. 173 y ss. LA VIÑA, Félix, *Organización del Comercio Internacional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993; pp. 81 y ss.
3. ROFE, Pedro, "Calvo y su vigencia en América Latina", *Revista del Derecho Industrial*, año 6, núm. 17, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 353 y ss.; DÍAZ MÜLLER, Luis, *Deuda externa y derecho internacional: las deudas odiosas, la Carta Tate y otros misterios*, en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año V, núm. 13, Ed. UNAM, México, 1990, pp. 67 y ss.

En este punto también se puede ver una cierta apertura o aceptación de sugerencias en el derecho mexicano, compartida por algunos autores.⁴

- a) La Doctrina Calvo no es considerada en los contratos de renegociación de la deuda que suscribe el gobierno federal mexicano como deudor, en la que acepta la aplicación de la ley y la jurisdicción del acreedor; ni acepta que se considere cuando negocia como acreedor.⁵ El "Acuerdo Marco entre Estados Unidos de América y México para la Estabilización de la Economía Mexicana" suscrito por la Secretaría de Hacienda de México y el Banco de México con las autoridades financieras de EE.UU., en febrero de 1995, establece que si se suscitara algún conflicto entre las partes, serán competentes los tribunales del distrito de Manhattan (NY., EE.UU.) y se aplicarán las leyes del Estado de Nueva York (EE. UU.).
- b) Si bien en la legislación sobre inversión extranjera se inserta la obligación de los extranjeros de renunciar a la protección diplomática de los países extranjeros de las cuales son ciudadanos, cuando se constituye una sociedad o se adquiere un inmueble, en el reglamento de la misma (que continúa siendo el de la ley anterior hasta que se actualice) se relativiza su importancia al establecer la *autorización ficta* cuando la Secretaría de Relaciones Exteriores no conteste una solicitud de autorización en un plazo de cuarenta y cinco días hábiles.⁶ Dada la importancia del tema en consideración, hubiera sido más adecuado suponer el *rechazo ficto*, otorgando un recurso directo ante tribunales judiciales o contenciosos administrativos.

4. DÍAZ, Luis Miguel, "La inversión extranjera. Promoción internacional de la Inversión extranjera: el MIGA", *op. cit.*, nota 13. El autor aconseja reconsiderar el tema en México y en general en América Latina, expresando que "parece urgente el abandono de tabúes que hoy impiden la recepción de capitales para el progreso de los pueblos y su bienestar general. En última instancia el bienestar de los pueblos sólo es cuantificable en términos de recursos materiales que permitan una vida digna", p. 486. Véase del mismo autor y en igual sentido: *La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención*, en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año V, núm. 13, Ed. UNAM, México, 1990, pp. 57 y ss.
5. SAMTLEBEN, Jürgen, "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos <le endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos>" en *Revista del Derecho Industrial*, año 11, núm. 32, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 363 y ss.; VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, Ed. Miguel Angel Porrúa, México, 1990, pp. 106 y ss.
6. Art. 3... La Secretaría de Relaciones Exteriores deberá resolver las solicitudes de obtención de los permisos previstos en la ley y este Reglamento dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la fecha en que sean presentadas. Transcurrido el plazo señalado sin que resuelva lo que corresponda, se considerará que la Secretaría de Relaciones concedió el permiso que se hubiere solicitado" (Reglamento de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, DOF, 16 de mayo de 1989).

- c) En la ley de Inversiones Extranjeras no se obliga a los inversores "individuales a renunciar a la protección diplomática, pues en este caso no podrían realizar reclamos ante un tribunal arbitral conforme se compromete México como *parte* del TLC.
- d) Si bien las sociedades deben renunciar en sus estatutos al derecho a solicitar protección diplomática, México acepta en el Tratado de Libre Comercio que un inversor de una de las *partes* (o sea un inversor estadounidense o canadiense) lleve al estado mexicano ante un tribunal arbitral (impidiéndole llevar el conflicto ante sus jueces nacionales) el cual dictará un laudo cuyo cumplimiento será obligatorio para el país.
- e) La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial ordena que no se inscriban los contratos de licencia en los cuales se declare expresamente no aplicable la misma, pero autoriza el sometimiento de las partes al arbitraje internacional en caso de conflicto (art. 66 segunda parte). Si bien la inscripción de los contratos de licencia no es constitutiva, sino sólo necesaria para su oponibilidad frente a terceros, consideramos que la norma rige para todos los contratos e incluso en las relaciones inter partes. En agosto de 1994 se reformó la ley, en lo que exponemos dice el "art. 1o: Las disposiciones de esta ley son de orden público y de observancia general en toda la república, *sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.* Su aplicación administrativa corresponde al ejecutivo federal por conducto del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial" (el subrayado es nuestro).
- f) En cumplimiento de los compromisos contraídos en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se reformó la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica,⁷ estableciendo que a los actos jurídicos que realicen Petróleos Mexicanos y a la Comisión Federal de Electricidad les será aplicada la legislación federal y que serán de competencia de los tribunales federales las *controversias nacionales, salvo acuerdo arbitral.* Además, se faculta a estos dos importantes organismos a "convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto".

7. Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Diario Oficial* del 22 de diciembre de 1993.

L2. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en materia de Inversión

Las funciones del Banco Mundial y el tipo de operaciones financieras que realiza, en las cuales se vinculan muchas veces inversionistas particulares en la negociación fundamental entre el organismo y los países miembros, motivó que sus servicios, o los de su presidente, fueran demandados en ciertas oportunidades para lograr acercamientos conciliatorios entre inversores extranjeros y los países huéspedes. Los autores destacan lo actuado para solucionar las divergencias entre el gobierno de Irán y la compañía Anglo-Iraní de Petróleo y las inconformidades de los accionistas ingleses y franceses con motivo de la nacionalización del Canal de Suez por el gobierno nasserista en Egipto. Las eficientes gestiones del BM no impidieron que se hicieran evidentes los problemas que se podían derivar al acceder a funciones que no le correspondían estatutariamente y para las cuales no estaba organizado, por una parte, y por otra la posibilidad de que se suscitaran conflictos entre las autoridades del Banco Mundial y los países miembros.⁸ En razón de ello se decidió tratar de institucionalizar las funciones de conciliación y arbitraje, manteniendo la presencia del BM, pero estableciendo mecanismos e instituciones directivas específicas.

El 14 de octubre de 1966, respaldado por la ratificación de 20 países, comenzó la vigencia del tratado que funda el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión (CIADI, conocido también como ICSID, por sus siglas en inglés), organización internacional y autónoma, si bien su presidente es el presidente del Banco Mundial. Las restantes autoridades son designadas con base en la representación de los países adherentes y la separación de los mismos según criterios de desarrollo y que se trate de países tradicionalmente exportadores o importadores de capital. Los criterios establecidos para orientar la solución de los conflictos pretenden contemplar los intereses de los inversores y de los países huéspedes, manteniendo un costo inferior a los procesos arbitrales tradicionales y tratando de garantizar la eficiencia de sus gestiones.

En este sentido, el CIADI permite que los países, al adherirse, se reserven el derecho a exigir que se deban agotar las instancias locales antes de recurrir a su mecanismo (art. 26), reserva que ha sido utilizada parcialmente por Argentina: si sus autoridades

8. SHIHATA, Ibrahim F.I., *op. cit.*

El derecho a recurrir al tribunal arbitral lo tienen: (i) el inversionista **de una parte** o (ii) el inversionista de una parte en representación de la empresa de otra parte a la que él controla directa o indirectamente, o de la cual es propietario⁹ contra **otra parte** que no hubiera cumplido obligaciones contraídas en el capítulo de inversiones y de empresas del estado y monopolios del TLC...

locales no han resuelto el conflicto en un plazo de ciento ochenta días, se puede recurrir al mecanismo previsto en la convención en análisis. Por otra parte, en una disposición que aparentemente responde a la Doctrina Calvo, se prohíbe al inversor que acude al sistema arbitral previsto que solicite la protección diplomática al país del cual es ciudadano o en el cual reside;⁹ sin embargo, como se verá adelante, al dictarse el fallo arbitral, si el mismo no es acatado por el país huésped de la inversión, el inversor recupera el derecho a solicitar la protección diplomática del estado contratante en que reside. El Estado Contratante del inversor, puede además intervenir en la disputa para lograr que se cumpla el laudo o la resolución (art. 27).

El CIADI no define a la inversión, lo que permite otorgar a este concepto gran amplitud, abarcando, además de la inversión directa en sentido estricto, a las inversiones financieras de largo plazo, propiedad industrial e intelectual, contratos tecnológicos, y todos aquellos riesgos que pueden ser asegurados por el MIGA; el contenido del concepto amplio de inversión lo podemos encontrar detallado en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (cap. XII), en el capítulo correspondiente a la Organización Mundial de Comercio (OMC), y en los tratados bilaterales de garantías de inversiones.

9. Así lo interpreta DÍAZ, Luis Miguel, *op. cit.*

2ª La solución de controversias en materia de inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN)

En el caso de la inversión extranjera (Capítulo XI) este sistema tiene la peculiaridad de otorgar legitimación activa a particulares para llevar a cualesquiera de los estados signatarios a un tribunal arbitral, privándolos del derecho de acudir a sus propios tribunales judiciales.¹⁰ Los tribunales judiciales mexicanos fueron un problema constante durante la negociación, en especial se les consideraba excesivamente dependientes del Poder Ejecutivo y en algunos casos corruptibles.¹¹

2.1. Quiénes pueden solicitar el tribunal arbitral

El derecho a recurrir al tribunal arbitral lo tienen: (i) el inversionista *de una parte* o (ii) el inversionista de una parte en representación de la empresa de otra parte a la que él controla directa o indirectamente, o de la cual es propietario, contra *otra parte* que no hubiera cumplido obligaciones contraídas en el capítulo de inversiones y de empresas del estado y monopolios del TLC, a causa de los cuales el actor hubiera sufrido pérdidas o daños. Un *sujeto económico* que realiza actividades mercantiles o productivas en México *bajo distinta personalidad jurídica y nacionalidad* que en su país de origen, puede realizar un reclamo aun si hubiera renunciado al mismo al solicitar la radicación de capitales o por interpretación de la *Cláusula Calvo*. También le permitirá solicitar la *protección diplomática* por el no cumplimiento del laudo por parte de México. El tratado favorece el *abuso de personalidad jurídica* por parte de las empresas transnacionales y desvir-

10. Véase en especial sobre el tema: GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, *La inversión en el TLC (Capítulo XI)*, ponencia en el Coloquio Internacional "El Estado y el Derecho Económico actual" organizado por la UNAM-Programa de Posgrado de la ENEP Acatlán y la UAM-Azcapotzalco, 19-21 de septiembre de 1994. memorias en prensa; ALVAREZ SOBERANIS, Jaime, *El nuevo régimen jurídico de la inversión foránea en México*, ponencia en el Coloquio Internacional "El Estado y el Derecho Económico actual", memorias en prensa.
11. "...Una de las cláusulas más importantes estipula que las controversias entre inversionistas del TLC y cualquiera de las partes del tratado podrán acudir a un arbitraje internacional obligatorio. Esto tiene importancia para los inversionistas canadienses y estadounidenses en México, ya que les da alternativa al sistema de tribunales mexicano, ocasionalmente impredecible...". RUGMAN, Alan M. y GESTRIN, Michael, "Las cláusulas de inversión del TLC" en el volumen colectivo: GLOBERMAN, STEVEN y W ALICER, Michael, *El TLC: Un enfoque trinacional*, Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994; p. 277.

túa totalmente el sistema de *nacionalidad de las personas morales* establecido en la Ley de Nacionalidad. Por analogía, sería como si una persona física pudiera desdoblarse y actuar en México como mexicano y, haciendo uso de una doble nacionalidad, reclamara contra México país, en su carácter de extranjero porque considera que se afectó una propiedad que adquirió en México como mexicano. Es así que una empresa con socios extranjeros o propiedad de una empresa extranjera *tendría mayores derechos que una empresa con cláusula de exclusión de extranjeros o sin socios extranjeros*, al tener la opción de recurrir a la justicia local o *sacar al estado mexicano de sus jueces nacionales y llevarlo ante arbitros internacionales que aplicarán el tratado y el derecho internacional; la parte* (el estado mexicano, en nuestro caso) está obligada a aceptar la opción arbitral.

2.2. Conflictos a los que se aplica la solución arbitral de controversias

Podrá el inversionista solicitar un tribunal arbitral cuando se haya violado alguna de las disposiciones pactadas en el capítulo de inversiones, y en los artículos 1503(2) "Empresas del Estado" y 1502(3-a) "Monopolios y empresas del Estado". En el artículo 1139 del TLC se precisan los actos que deben entenderse como inversión, si bien se define a la inversión enunciando los resultados de la misma: cuando dice que una empresa es una inversión, en realidad quiere decir que la existencia de la empresa fue el resultado de una inversión.

Realizada esta aclaración, se define como inversión: (a) una empresa, debiéndose entender por tal según lo dispuesto por el artículo 201 del mismo tratado "cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación vigente, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas las compañías, fideicomisos, participaciones, empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones"; (b) acciones de una empresa; (c) instrumentos de deuda de una empresa; y (d) un préstamo a una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversionista; (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda o del préstamo, respectivamente, sea por lo menos de tres años -pero no incluye un instrumento de deuda o un préstamo de o a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento-; (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa

en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o de préstamos excluidos conforme a los incisos (c) o (d); (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para fines empresariales; y (h) beneficios provenientes de destinar capital u otros recursos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra parte entre otros, conforme a: (i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en territorios de otra parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa.

El sistema de solución de controversias en el capítulo de inversiones diverge de los otros (Infra), entre otros aspectos en el correspondiente a la constitución del tribunal arbitral.

No significan inversión: (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de (1) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una parte a una empresa en territorio de otra parte; o (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o (j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos de la (a) a la (h). El concepto de inversión es muy amplio y comprende, en algunos casos, los resultados de la propiedad industrial, la inversión de cartera y el endeudamiento de mediano plazo, y en todos estos casos tendrá acción el inversionista; sin embargo,



sus derechos nacen a partir de una inversión legítima, no podrá accionar para exigir que se autorice una inversión o que se cumplan compromisos de legislar de una manera determinada en temas considerados *inversión*.

2.3. Constitución del tribunal arbitral

El sistema de solución de controversias, en el capítulo de inversiones diverge de los otros (*infra*), entre otros aspectos en el correspondiente a la constitución del tribunal arbitral. Para la solución de los conflictos vinculados a la inversión, según se definiera, las partes integrarán una lista de 45 arbitros (se supone que cada una de ellas propone 15) sin importar su nacionalidad, de esta lista surgirán *los presidentes* de los tribunales arbitrales..

Cada parte interesada designa un arbitro y las partes contendientes, por acuerdo, designan un tercero que será quien presidirá el tribunal, si no se pusieran de acuerdo en un plazo prudencial (noventa días), el secretario general del CIADI designará un presidente, que no deberá ser de la nacionalidad de las partes contendientes ni de la nacionalidad del inversionista contendiente si fuera otra, eligiéndolo de la lista de 45 a que se hizo referencia (*suprá*). Si no se hallara un arbitro disponible en la lista, se recurrirá a la lista de arbitros del CIADI, con la misma restricción respecto a la nacionalidad del mismo. Corresponde también al secretario general designar a los arbitros si las partes no lo hicieran dentro de los primeros sesenta días a partir de la fecha en que la reclamación se sometió a arbitraje.

Se prevé un mecanismo especial para la acumulación de reclamos vinculados a un mismo caso (art. 1126), que puede ser decidido por un tribunal ya constituido o a petición de parte. En este caso corresponderá al secretario general del CIADI designar a todos los arbitros de la lista del TLC, podrá recurrir igualmente a la lista del CIADI si aquella no fuera suficiente.

2.4. Derecho aplicable

a) Solución del principal

Los arbitros fundarán su decisión en las normas del TLC y en el derecho internacional, siendo obligatorias las interpretaciones que haya realizado la comisión sobre él (del TLC), sin contemplar el derecho interno; a diferencia de lo que se establece

en el sistema para resolver controversias en materia de comercio exterior, en el cual los árbitros deberán resolver conforme al derecho de fondo del país en que se dictó la resolución administrativa definitiva que se recurre.

Que se resuelva la controversia con base en lo dispuesto en un tratado que vincula a las partes y en el derecho internacional, sería natural si se tratara de un conflicto entre países, derivado de hechos o actos en los cuales ambas partes consideran que se debía aplicar su derecho, o que el derecho internacional les otorga la razón, o cuando entre dos países soberanos el conflicto se basa en diversa interpretación de hechos o normas; un ejemplo claro es el sometimiento a decisión arbitral de un conflicto de límites. Pero en este capítulo el conflicto se basa en la inconformidad de *un particular* respecto a una resolución adoptada por un gobierno nacional dentro del ámbito territorial sobre el que ejerce su poder soberano, que actuó aplicando sus leyes, las que él conocía y aceptó al intervenir en ese país.

Podría darse el caso que un inversionista impugne una decisión que tomó el gobierno de una parte por cuanto no podía adoptar otra diferente¹² sin violar la ley nacional. La decisión arbitral, con base en el tratado, en las interpretaciones que del mismo realice la comisión y/o en el derecho internacional, puede dictar un laudo diciendo que la parte agraviada tiene razón y que el país demandado tiene, por tanto, que actuar *violando su derecho interno* o, en su defecto, pagar daños y perjuicios por haber actuado conforme a derecho. Si por una decisión judicial el país demandado no pudiera cumplir el laudo, el inversionista agraviado podría recurrir a la protección diplomática (en el caso de que se hubiera elegido el trámite del CIADI).

Si **el gobierno** de referencias **hubiera** actuado conforme a lo dispuesto en el tratado y en el derecho internacional y ello resultara perjudicial para el inversionista, éste podrá impugnar la resolución en los estrados judiciales nacionales y exigir que se aplique la legislación nacional, ya que la vía arbitral es opcional y es él quien decide la que más le convenga; no sólo puede elegir el tipo de tribunal que decidirá sobre la cuestión que lo afecta (judicial, local o arbitral) sino también cuál es el derecho que más le conviene que se aplique (el nacional

del país huésped, si opta por la vía judicial local; o el del TLC y el derecho internacional, si opta por un tribunal arbitral). Es por ello que el CIADI establece que si las partes no se hubieren puesto de acuerdo respecto a las normas aplicables a la litis, el tribunal deberá aplicar "la legislación del estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables (art. 42-1)"; si las partes lo decidieran, el tribunal podrá fallar *ex aequo et bono*.

La disposición del CIADI en consecuencia, es mucho más beneficiosa para el país demandado que las del TLC, lo cual es de primordial importancia, ya que México es un país receptor neto de inversión extranjera en general y muy en especial de inversión estadounidense.

En este punto destacan con claridad las condiciones bajo las cuales se discutió el Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Para Estados Unidos la conformación de un área económica en la cual su hegemonía no era discutible constituía un objetivo estratégico y sentaba las bases para desarrollar una estrategia de largo plazo, que le permitiera subsistir como potencia mundial; su principal preocupación era no realizar demasiadas concesiones en el corto plazo, para lo cual contaba con la ventaja del tiempo y un marco de negociaciones internacionales favorables: la crisis de las sociedades socialistas; un cierto desprestigio de las políticas económicas inherentes al denominado estado de bienestar; el traslado de las negociaciones sobre inversión y tecnología al GATT en la Ronda Uruguay; la consolidación y ampliación de funciones del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial [organismos en los que detenta una clara hegemonía] luego de la crisis de la deuda (que afectó a los principales países en desarrollo); y el liderazgo norteamericano en la Organización de las Naciones Unidas.

México, por el contrario, tenía una necesidad co-yuntural, inmediata, de capitales externos y dada la composición histórica de los que había recibido, la búsqueda se orientaba lógicamente a EE.UU., y su objetivo era también realizar la menor cantidad de concesiones posibles, pero sin demasiadas posibilidades de negociar. El artículo del Tratado de Libre Comercio descrito contradice claramente la Doctrina Calvo, al permitir que un inversor extranjero pueda exigir que sus relaciones con el estado huésped se rijan en función de normas legales que no son las propias del derecho interno, también al establecer un trato privilegiado a los extranjeros (inversores de los países miembros del tratado) respecto a

12. Situaciones menos conflictiva serían: a) que ofreciendo la ley alternativas, optara por una que afectó al quejoso, b) que la decisión contradijera el derecho interno.

Los arbitros fundarán su decisión en las normas del TLC y en el derecho internacional, siendo obligatorias las interpretaciones que haya realizado la comisión sobre él (del TLC), sin contemplar el derecho interno; a diferencia de lo que se establece en el sistema para resolver controversias en materia de comercio exterior, en el cual los arbitros deberán resolver conforme al derecho de fondo del país en que se dictó la resolución administrativa definitiva que se recurre.

los nacionales, ya que aquellos podrán elegir ser juzgados por el derecho nacional o el derecho del tratado y el internacional, según les convenga.

La disposición es inconstitucional, pues viola el principio de igualdad ante la ley, estableciendo un trato privilegiado en favor de ciertos extranjeros y, por otra parte, viola el principio de legalidad en virtud del cual deben actuar los servidores públicos.

b) Régimen jurídico del proceso arbitral

Corresponde al *inversionista* elegir las reglas bajo las cuales deberá actuar el tribunal, puede decidir que la reclamación arbitral se someta A) a las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI)¹³ cuando su país y el del demandado sean parte de la misma (México aún no se ha adherido, pero seguramente lo hará en breve plazo); B) a las correspondientes del mecanismo complementario del CIADI, si se ha adherido alguno de los dos países a que se aludió pero no ambos; C) o a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).¹⁴

2.5. Resolución del Tribunal Arbitral

El laudo podrá ordenar la restitución de la propiedad (si fuera el objeto del reclamo), que se podrá resolver en el pago de daños e intereses. El laudo arbitral será obligatorio para las partes, que deberán cumplirlo sin demora; el plazo prudencial se fija conforme al convenio por el cual se optó para arribar al laudo definitivo, sin que la parte lo haya

cumplido. Para la ejecución del laudo, en caso de incumplimiento, el *inversionista* podrá recurrir a la convención del CIADI, a la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York),¹⁵ o a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹⁶ La acción para el cumplimiento del laudo arbitral no impide al inversionista solicitar la integración de un panel arbitral conforme a lo

dispuesto en el capítulo XX del TLC (art. 2008) que dictamine (i) si el incumplimiento o desacato es contrario a lo convenido en el TLC; (ii) dicte una recomendación para que la parte se ajuste y observe el laudo definitivo.

3- Los tratados bilaterales de protección de inversiones

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte protege las inversiones extranjeras de los residentes en EE.UU. y Canadá, que representan más del 70% de la inversión extranjera directa acumulada en México, tendencia que se ha sostenido en los últimos años. México tiene especial interés en diversificar los flujos de capital externo y en especial incrementar el volumen de éstos, para lo cual ha considerado conveniente otorgar a terceros países garantías similares a las del TLCAN, por lo que se han negociado *acuerdos bilaterales para la protección de inversiones* con los principales países de origen; a la fecha se han suscrito con Suiza y España, y se negocian similares con Francia, Japón, Inglaterra y Alemania. En estos acuerdos se otorga a los inversores de los países contratantes un trato no menos favorable que el que se otorga a los nacionales y a las inversiones de inversores de un tercer estado; es decir, *trato nacional y trato de inversor de nación más favorecida*. Se excluyen las ventajas especiales que derivan acuerdos de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdos de integración similares. En el caso del acuerdo suscrito por España, por ejemplo, este país no está obligado

13. Washington, D.C., 18 de marzo de 1965.

14. Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976.

15. Celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958; publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (México) el 22 de junio de 1971.

16. Suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (México) el 20 de agosto de 1987.

a otorgar a los inversores mexicanos las mismas ventajas que otorga a los inversores de la Unión Europea; México, por su parte, no debe otorgar a los inversores españoles el mismo trato que a los inversores norteamericanos o canadienses.

Similares acuerdos se han celebrado entre los países exportadores de capital y otros países en desarrollo, conforme a un modelo impulsado por las oficinas del Banco Mundial, descritas en un inicio; es natural en consecuencia que también sigan un cierto patrón homogéneo las suscritas entre México con estos países, con las modificaciones de detalle derivadas de su negociación bilateral, que se ha realizado por separado. Es por ello que, luego de algunos comentarios iniciales sobre la constitucionalidad de estos acuerdos, analizaremos las cláusulas comunes más relevantes.

3.1. Cláusulas comunes

3.1.1. Concepto de inversores y de inversión

Al igual que en el TLCAN, el concepto de inversor comprende tanto a las personas físicas nacionales de una parte contratante y/o a las empresas constituidas u organizadas de conformidad con la legislación de una parte, que realiza inversiones en territorio de la otra parte. La definición de *inversión*, al igual que en el TLCAN, es muy amplia y comprende *títulos, obligaciones, participación en sociedades, aportaciones diversas para crear valor económico, bienes y derechos reales, tangibles e intangibles, derecho de propiedad intelectual o industrial, intereses o derechos derivados de un contrato o concesión*. En algunos se sustituye en la ejemplificación a los secretos industriales y a los fondos de comercio por la expresión inglesa "*know how*" y "*goodwill*", en las versiones en español y en inglés, lo cual no es conveniente, pues no se trata de sinónimos.

Se aclara también que se considerarán inversiones *las realizadas por una empresa de una parte en territorio de esa parte, por una empresa controlada por un inversor de otra parte*. Es decir, si una empresa transnacional de origen español radica una inversión en México bajo la legislación mexicana y adquiere por estos motivos la nacionalidad mexicana, si adquiere otra empresa puede solicitar se proteja esta inversión como realizada por un *inversor español*, pese a que tiene formalmente la *nacionalidad mexicana*. Se trata sin duda de una modificación expresa de los derechos y obligaciones que derivan del atributo de *nacionalidad de una persona colectiva*, la cual tiene los derechos derivados de su nacionalidad mexicana y simultáneamente puede alegar los que derivarían de una nacionalidad o

residencia española. Ello ratifica lo expuesto reiteradamente respecto a la necesidad de modificar la legislación que reconoce nacionalidad a las personas colectivas, pues no beneficia a los países receptores de capital otorgar dicho atributo a las empresas *constituidas* mediante inversiones de personas físicas o morales extranjeras, otorga a las mismas derechos iguales a los de las nacionales y una posición privilegiada frente a las constituidas con capitales mexicanos, pues gozan de protección especial, que incluye como se verá (*infra*) la protección diplomática de un país extranjero.

3.1.2. Requisitos de desempeño y pagos al exterior

Cada país se obliga a otorgar a los inversores del otro el acceso a un mercado libre de cambios para repatriar sus inversiones, pagar dividendos, intereses, regalías y se compromete a no exigirles requisitos especiales de desempeño. Las ejemplificaciones son muy parecidas a las establecidas en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y en las disposiciones sobre inversiones extranjeras vinculadas al comercio de la Organización Mundial del Comercio.

3.1.3. Expropiación

Las partes se comprometen a respetar principios generales vinculados a la expropiación que nuestro derecho incorporó con motivo de los compromisos contraídos en el TLCAN: a) expropiación sólo por causa de utilidad pública, b) pagar como indemnización el valor comercial del bien antes de que se decida la expropiación, c) realizar el pago en moneda convertible y libremente transferible, sin demora. En el acuerdo suscrito con Suiza, se acuerda que el importe que se pague no será inferior al equivalente que se hubiere pagado en una divisa de libre convertibilidad el día de la expropiación, con más los intereses comerciales correspondientes a dicha divisa (se debe interpretar que es la tasa activa que se paga a los inversores en los mercados internacionales de capitales). Esta cláusula es similar a la pactada en el TLCAN; sin embargo, en este tratado se acuerda la posibilidad del pago en divisas, cosa que podrán hacer las autoridades luego de la reforma de la ley de expropiación, que las autoriza a convenir el pago en especie (moneda extranjera), la indización de la indemnización no está contemplada en el derecho interno mexicano. Siendo la ley de expropiación de orden público y tratándose de pagos que se deben realizar con estricto apego a las disposiciones legales y presupuestales nacionales, quien realice un pago indiciado incurriría en responsabilidad administrativa y probablemente penal.

Por el contrario, si así no lo hiciera incurriría en responsabilidad internacional, ya que el tribunal arbitral al que puede recurrir el inversor (ver *infra*) "no contemplaría el derecho interno. Para evitar el conflicto, el ejecutivo federal debería negociar el *pago en especie*.

En el acuerdo con España no se incluye esta cláusula de indización, y como se excluye del trato de inversor de nación más favorecida a las ventajas otorgadas en virtud de acuerdos de integración, no podrían exigir los beneficios del TLCAN, pero sí las contempladas en el posterior acuerdo con Suiza. Como es habitual que se incluya esta cláusula de inversor de nación más favorecida en todos los acuerdos bilaterales de garantía de inversión, y figura también en el anexo del convenio de la OMC (Ronda Uruguay del GATT) para inversiones vinculadas al comercio, los inversores españoles también podrán reclamar la indización. Este beneficio de *indemnización por daños derivados de una posible devaluación monetaria*, de la cual no disfrutaban los inversores mexicanos, implican una clara discriminación que violenta lo exigido por la ley de tratados.

3.3. Solución de controversias

El sistema de solución de controversias entre inversor y el país parte que afectó la inversión es una parte fundamental de estos convenios institucionales y establecen un sistema de consultas previas similar a las descritas para el TLCAN y para el supuesto que las mismas fracasaran, la posibilidad

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte protege las inversiones extranjeras de los residentes en EE. UU. y Canadá, que representan más del 70% de la inversión extranjera directa acumulada en México, tendencia que se ha sostenido en los últimos años.

de que el inversor recurra a un tribunal arbitral para que dicte un laudo sobre el tema en conflicto. Los mecanismos establecidos contemplan en términos generales las aportaciones realizadas en el tema por el MIGA, el CIADI y el TLCAN, por lo cual haremos una breve referencia a los aspectos en que tienden a diferenciarse.

3.3.1. Controversias entre los estados firmantes

Para el caso de que se suscitaran diferencias entre las partes respecto a la aplicación o interpretación de lo convenido en los tratados, se deberá recurrir, como es habitual en este tipo de conflictos, a una primera etapa de consultas y negociaciones. Si en un plazo de seis meses no se obtuviera un resultado satisfactorio en las consultas y negociaciones, cualesquiera de las partes podrá solicitar se someta la controversia a un tribunal arbitral compuesto de tres miembros. Cada parte propondrá un árbitro y estos elegirán al presidente, que no podrá ser un nacional de las partes en conflicto, si una de las partes no designara un árbitro, o si los árbitros designados no se pusieran de acuerdo en la designación del presidente, se podrá recurrir al presidente de la Corte Internacional de Justicia para que lo haga. Los problemas sometidos a arbitraje se resolverán por mayoría de votos, aplicando lo acordado en el tratado y las disposiciones aplicables del derecho internacional, la resolución será obligatoria para las partes.

3.3.2. Controversia entre un inversionista y un país parte

Es uno de los motivos fundamentales por los cuales los países predominantemente exportadores de capital condicionan a la firma de tratados de garantía de inversiones el estímulo al flujo de capital productivo; su inclusión como apéndice no le resta importancia, por el contrario, se debe a la necesidad de detalle que le otorga una mayor amplitud respecto a los temas ya abordados. Los tratados de protección de inversiones suscritos por México, establecen un sistema especial de solución de controversias para el caso de que un inversor considerara que se han visto afectados sus intereses por parte del país huésped de su inversión, y que el perjuicio sufrido deriva del no cumplimiento de las estipulaciones del tratado. Este sistema se construye en un aspecto nodal de los tratados de protección, ya que garantiza a los países tradicionalmente exportadores de capital la aplicación de las garantías convenidas sin los obstáculos que se pueden derivar de sistemas judiciales que consideran corruptibles o sujetos a presiones gubernamentales.

Las partes se comprometen a respetar principios generales vinculados a la expropiación que nuestro derecho incorporó con motivo de los compromisos contraídos en el TLCAN: a) expropiación sólo por causa de utilidad pública, b) pagar como indemnización el valor comercial del bien antes de que se decida la expropiación, c) realizar el pago en moneda convertible y libremente transferible, sin demora.

mentales. El sistema convenido es similar al analizado en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

La persona física nacional de una parte, o la empresa constituida conforme al derecho de una parte, que hubiera realizado una inversión en el territorio de la otra parte, y que considerara que dicha inversión ha sufrido perjuicios por cuanto al país huésped, no ha respetado lo convenido en el tratado, podrá solicitar que se construya un tribunal arbitral para que, mediante un laudo, dirima el conflicto. El inversor puede actuar en nombre propio o en representación de la empresa de la cual fuera propietario o respecto de la cual tuviera el control. Son inversores los así definidos en el tratado, pero si se trata de una empresa que es una inversión, ésta en tanto tal no podrá solicitar la constitución de un tribunal arbitral; quien puede solicitar el tribunal es *el inversor, no la inversión*. Ejemplificando: la empresa suiza Nes Suis realiza una inversión en México, constituyendo una empresa denominada Nes Mex; si el gobierno mexicano expropia a la empresa Nes Mexicana y no paga, a juicio del inversor Nes, la indemnización adecuada, éste (Nes Suis) puede solicitar un tribunal arbitral, en tanto inversor, pero la inversión (la empresa Nes Mex) no lo puede hacer.

Inversor y país huésped de la inversión deben tratar de arribar a un acuerdo mediante las tradicionales consultas y negociaciones, de no hacerlo, el inversor afectado podrá solicitar la constitución de un tribunal arbitral conforme a las normas del: a) convenio del CIADI, si ambos países son parte del mismo; como México aún no lo ha suscrito, la inclusión de esta posibilidad responde a expectativas de que lo haga; b) las reglas del mecanismo complementario del CIADI, cuando sólo una de las partes (España o Suiza lo son) sean partes del convenio de CIADI; c) un tribunal *ad hoc* que se establecerá conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El tribunal arbitral se compondrá de tres miembros (salvo que las partes de común acuerdo decidieran variar el número), uno nombrado por cada país, que a su vez nombrarán un tercero que será el presidente. Si una de las partes no nombrara el arbitro que le corresponde en un plazo prudencial (tres meses) y/o si los arbitros nombrados no designaran al presidente del tribunal arbitral, corresponderá al secretario general del CIADI realizar las designaciones correspondientes, cuidando que el presidente no sea un nacional de ninguna de las partes. El procedimiento será el establecido en el tratado elegido (ver párrafo precedente) y se aplicará como derecho sustantivo el tratado y las reglas pertinentes del derecho internacional, considerándose como parte del tratado cualquier interpretación que de alguna de las disposiciones de éste hubieran realizado las partes; al igual que en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se prescinde del derecho nacional, en virtud del cual las autoridades gubernamentales demandadas debieron actuar.

El laudo dictado por el tribunal arbitral podrá ordenar: a) el pago de daños e intereses; b) la restitución de la propiedad, que podrá sustituirse por el pago de daños e intereses en lugar de la restitución. El laudo es definitivo y obligatorio y se podrá ejecutar conforme a las disposiciones del CIADI o de la convención de Nueva York.

" El notorio desdén por principios del derecho y las costumbres internacionales admitidos por la corte... está enteramente huérfano de apoyo en la jurisprudencia y la doctrina...¹⁷

17. Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, 15 de junio de 1992, U.S. v. Alvarez Machain, en Rev. *La Ley*, Buenos Aires, 23 de julio de 1992, pp. 3-7 (traducción de Roberto J. BUCLT GOÑI).

4 Arbitraje y protección diplomática

Se parte del principio de que el inversionista, al recurrir al procedimiento arbitral, renuncia a solicitar la protección diplomática de su país; sin embargo, esto no se establece con claridad en el TLC ni en las reglas de la UNCITRAL. El art. 27 de la convención del CIADI determina, de manera expresa, que los estados que lo suscriben no concederán protección diplomática a sus nacionales si éstos han sometido el conflicto al arbitraje según el convenio, salvo que el estado demandado no haya acatado el laudo o haya dejado de cumplirlo. Esta salvedad que no ha sido debidamente evaluada,¹⁸ legitima la protección diplomática que prohíbe el art. 27 constitucional y deja su ejercicio librado a la interpretación del estado del cual es nacional el inversionista o a tribunales ajenos a los nacionales de la parte (México en el caso en análisis) demandada. Algunos autores consideran, por ejemplo, que el no cumplimiento en los plazos convenidos, unido a la oposición del país a que se embarguen sus bienes, configuran los elementos que dan lugar a la protección diplomática.¹⁹

5 . Vigencia de la Doctrina Calvo

La tácita derogación de la Doctrina Calvo en el derecho positivo mexicano obliga a cuestionar su vigencia, no haciendo referencia a la doctrina en tanto tal sino en sus fundamentos argumentales, que vinculan de manera precisa la soberanía económica como parte fundamental de la soberanía política de un país y las consecuencias nocivas que se han derivado de concesiones realizadas por los gobernantes a cambio de ventajas económicas reales o aparentes. Quienes se oponen argumentan los beneficios que se podrían derivar de su derogación en términos de inversión extranjera directa y la evolución habida en el ámbito internacional, que hacen muy poco probable el uso de la fuerza por terceros países para proteger la inversión de sus nacionales. Es probable que ello sea cierto en los términos tos-

eos y directos utilizados años ha para la protección diplomática en análisis, pero las últimas experiencias, inclusive en la posguerra fría, indican que los intereses estratégicos pueden ser disimulados para la actuación violenta, inclusive recurriendo a disfraces de acciones multilaterales.

El país que aporta el 70% de la inversión extranjera y un porcentaje similar de la tecnología que recibe México, miembro destacado del TLC, es uno de los que ha mostrado una actitud más agresiva en este sentido; la pregunta sobre los motivos por los cuales se invadió IRAK en defensa de la soberanía de KUWAIT y no se defendieron con la misma fuerza otras decisiones más importantes en términos humanos y de soberanía adoptadas por la ONU, sólo se puede responder en función de los intereses de EE.UU., como potencia y en especial de sus empresas transnacionales petroleras. Por otra parte, tampoco Estados Unidos ha mostrado voluntad por cumplir las resoluciones internacionales cuando afectan sus intereses estratégicos, como lo demostró al desacatar el fallo del Tribunal Internacional de la Haya, que beneficiaba a Nicaragua, presionando a los países para que retiraran sus reclamos de tribunales, o argumentando discrepancias con su legislación nacional.²⁰

El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, controlados en gran medida por EE.UU., y el Grupo de los Siete, se negó a cumplir con las restricciones que le solicitara, y luego reclamara expresamente, la Organización de Naciones Unidas contra la política colonialista y racista de Portugal y Sudáfrica, respectivamente; sin embargo, como se expresara en las primeras páginas, se apresuraron a presionar a los países que eran socialistas, para que aceleraran su transformación en economías de mercado y apoyaran de manera significativa a los gobernantes partidarios de una economía anterior o una evolución gradual que limitara los perjuicios a los sectores de menores ingresos.

Es por ello que pese a la tendencia en cierta política jurídica gubernamental y a la opinión favorable de algunos autores, considero que la denominada cláusula Calvo, en aspectos sustanciales, mantiene su vigencia; los cambios habidos en el mundo y en especial en el país del cual México recibe la mayor parte de su inversión extranjera, la mayoría de la tecnología que importa y de los préstamos externos (EE.UU.), no han sido lo suficientemente positivos como para considerar que los principios de soberanía-

18. ORTIZ AHLF, Loreta, "Mecanismos internacionales para la solución de controversia en materia de inversión extranjera", *Revista Jurídica* (anuario), Ed. Universidad Iberoamérica, 1992.

19. MIGLIORNO, Luigi, "L'esercizio della protezione diplomática nel sistema ICSID", en la revista *Diritto del Commercio Internazionale*, enero-marzo de 1993, Giuffrè Editore, Milán, 1993, pp. 117 y ss.

20. DI GIOVANNI BATISTA, Ileana, *Derecho internacional económico*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 304.

nía y de no intervención tienen tal aceptación actualmente como para que se prescindiera de estas normas en el derecho positivo. En efecto, a) las invasiones a Granada, Panamá e Irak, recibieron aprobación no sólo al interior del país, sino además en los restantes países desarrollados, que muestran indiferencia o a lo sumo perplejidad respecto a este comportamiento de EE.UU.; b) el derecho positivo estadounidense muestra todavía rasgos primitivos y poco civilizados, como diversas maneras de eliminar físicamente a los delincuentes, la vigencia de los sistemas de recompensa por su captura, legalidad de los actos internos de gobierno que autorizan o exigen la comisión de delitos en el exterior, si esto beneficia a la nación norteamericana; c) la tendencia de los tribunales del más alto nivel a considerar que el interés de EE.UU., está por sobre el derecho internacional; d) un sistema violento de extradición de supuestos delincuentes, violatorio de la soberanía de países con los que tiene relaciones diplomáticas formales, el cual en muchos casos no guarda relación con los tratados suscritos con los países víctimas de agresión (secuestro del presidente de Panamá, de supuestos delincuentes mexicanos).

En un fallo reciente, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha determinado que un ciudadano extranjero (mexicano en el caso) que fue llevado por la fuerza (por cazadores de recompensa) a los tribunales de U.S.A., desde un país con el cual existe un tratado de extradición, puede y debe ser juzgado por una corte federal de distrito norteamericana. En el voto de la mayoría se expresa que "...El acusado pretende que encontremos que el tratado actúa como una prohibición a la violación de un principio general de derecho internacional según el cual un gobierno no debe "ejercer su poder de policía en otro estado";... Existen muchas acciones a ser tomadas por una nación que violarían este principio, incluida la guerra, pero no por ello puede sostenerse seriamente que la invasión de los Estados Unidos por México habría de violar los términos del tratado de extradición entre ambas naciones...". Resulta paradójico que cierta claridad provenga del voto de *la minoría*.

El estado y sus representantes deben actuar conforme a las leyes nacionales

En caso de considerarse caduca la cláusula Calvo y de optar por la adopción de normas internacionales que priven sobre el derecho interno, a las que se deberá someter incluso el propio Estado mexicano,

ello se deberá hacer legislando en este sentido de manera expresa y clara. Se debe reformar la constitución en los capítulos pertinentes e incorporar las disposiciones en las leyes respectivas.²¹ Tampoco es válido reducir la Doctrina Calvo al rechazo, a la protección diplomática; corresponde también a la misma, y a principios generales de justicia inherentes al estado-nación y a su soberanía, el derecho irrenunciable del estado a ser juzgado por sus propias leyes, cuando se cuestionan sus decisiones soberanas, y de los ciudadanos a tener un trato no inferior al que se otorga a un extranjero. Las decisiones de los funcionarios públicos se deben tomar conforme al derecho público y privado del país que gobierna, aunque las mismas contradigan principios del derecho internacional, está obligado moral y constitucionalmente a ejercer sus funciones conforme al derecho nacional. Sin embargo, al hacerlo está sometiendo a su país a posibles reclamos internacionales ante tribunales arbitrales que juzgarán las actuaciones del gobernante conforme a otro régimen jurídico, diverso al que él debía acatar.

Algunos países, como Argentina, han tratado de responder a las presiones internacionales adaptando la Doctrina Calvo, en lo que se refiere al derecho de los ciudadanos (y del Estado) a agotar la jurisdicción nacional antes de recurrir a instancias internacionales, en tratados bilaterales de garantía de las inversiones se ha aceptado que a los 18 meses de iniciada una acción ante los tribunales locales, si éstos no han resuelto la litis, se considera agotada esta instancia y se puede recurrir al sistema de arbitraje previsto en el CIADI.²² En el caso de México, son de dudosa constitucionalidad las disposiciones del TLC que impiden a los particulares y al mismo estado, no sólo agotar, sino recurrir a las instancias establecidas en los arts. 104 y 103 de la Constitución Política.²³

Y es también importante no otorgar a inversores extranjeros beneficios mayores que a los inversores mexicanos, como son las garantías de que podrán sacar divisas del país en caso de que se estableciera un régimen de control de cambios, de *indiciación* de las indemnizaciones a divisas del Grupo de los

21. La fórmula inserta en la legislación sobre propiedad industrial, inversiones extranjeras, comercio exterior y la denominada miscelánea del TLC, nos hacen temer que en una futura reforma constitucional se establezca que la soberanía nacional reside en el pueblo, *sin perjuicio de la aplicación de los tratados internacionales que al efecto se suscriban*,
22. DE GIOVANNI, Ileana; *op. cit.*, pp. 281-282.
23. ORTIZ AHLF, Loreta; *op. cit.*

Siete en caso de expropiación, y poder optar entre los tribunales nacionales o los arbitros internacionales, entre el derecho nacional y el que surge de los tratados y del difuso derecho internacional, con la posibilidad de optar por la protección diplomática de los países en que se originó la inversión en caso de que el estado nacional (México) no cumpla con las decisiones judiciales o arbitrales. Estos beneficios mayores no sólo implican una injusticia en términos abstractos, sino que otorgan al inversor extranjero una mejor posición en el mercado, evitándole acumular reservas para casos de emergencia económica nacional.

