

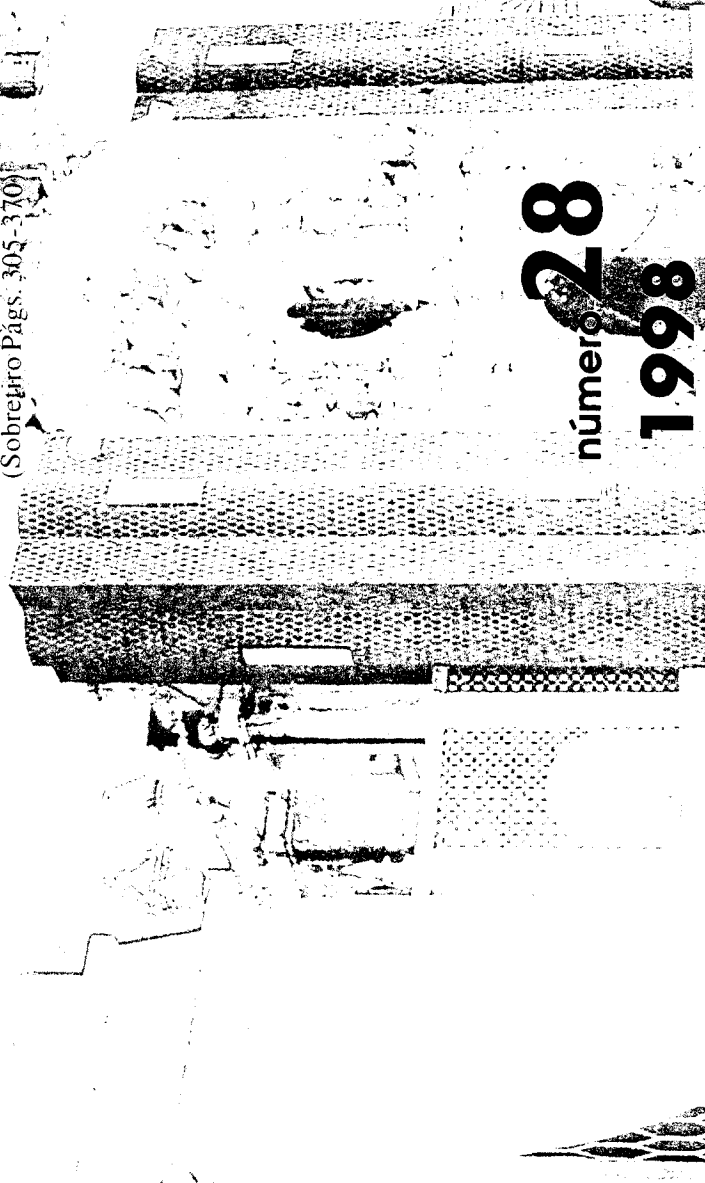
# JURÍDICA

*anuario  
del departamento  
de derecho  
de la universidad  
iberoamericana*

REFLEXIÓN ACERCA DE ALGUNOS  
PROBLEMAS CONSTITUCIONALES  
SUSCITADOS POR LOS TRATADOS  
DE INVERSIÓN DE LOS QUE MÉXICO ES PARTE

*Francisco González de Cossío*  
(Sobretiro Págs. 305-370)

número **28**  
**1998**



# REFLEXIÓN ACERCA DE ALGUNOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES SUSCITADOS POR LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DE LOS QUE MÉXICO ES PARTE

Francisco González de Cossío

*The men who create power make an indispensable contribution to the nations greatness, but the men who question power make a contribution just as indispensable, especially when that question is disinterested, for they determine whether we use power or power uses us.*

John F. Kennedy  
Amherst College, Oct. 26, 1963

**SUMARIO:** I. Introducción y Propósito de este Estudio. II. La Garantía de Igualdad. A. Las Garantías Individuales. B. La Garantía de Igualdad. C. Las Garantías Individuales y los Tratados Internacionales. III. La Cláusula Calvo. A. Orígenes y Propósito. B. Discusión Acerca de la Validez de la Cláusula Calvo. C. La Cláusula Calvo en el Derecho Mexicano. IV. La Jurisdicción Territorial y el Agotamiento Previo de los Recursos Locales. V. Aristas Constitucionales del Capítulo XI del TLCAN. A. Disposiciones del TLCAN en Conflicto con la Garantía de Igualdad. B. Contradicciones entre el Capítulo XI del TLCAN y la Cláusula Calvo. C. El Problema de la Jurisdicción Territorial y el Agotamiento Previo de los Recursos Locales. VI. Argumentos en contra de Nuestra Postura. VII. Conclusión. Un Problema no Resuelto

## I. Introducción y Propósito de este Estudio

A partir de la celebración del primer tratado bilateral de inversión, o BIT (por sus siglas en inglés-*Bilateral Investment Treaty*) entre la República Federal Alemana y Pakistán en 1959, cientos de BIT's han sido firmados entre múltiples Estados del concierto de las naciones.<sup>1</sup> Ello en virtud de que en años recientes se ha desatado una

<sup>1</sup> Henkin, Louis; Pugh, Richard Crawford; Schachter, Oscar; y Smit, Hans. *International Law. Cases and Materials*. West Publishing Co., Minn., third edition, 1993, p. 764.

férrea competencia entre los países del orbe por atraer el flujo de capitales que se derraman fuera de las fronteras de los países exportadores de capital. El objetivo de estos BIT's es el de garantizar situaciones que parezcan más favorables a los agentes económicos para optar por destinar su riqueza a países que les otorgue una mayor seguridad jurídica, y no tan sólo reutilizabilidad a la inversión en sus mercados. Es decir, si en adición a las promesas de ganancias que le ofrece el mercado de un país a un inversionista extranjero, se le promete, por medio de un tratado internacional, el aménorar el riesgo inherente a toda incursión en un mercado foráneo, se estima que el inversionista preferirá conllevar sus actividades económicas en un país que le garantiza dicho trato, en lugar de otro que le constituye un riesgo mayor a su inversión.

El tráfico comercial internacional constituye una fuente inevitable de controversias.<sup>2</sup> Un método comúnmente empleado para dar solución y evitar los constantes y frecuentes conflictos que se pudieren derivar del tráfico comercial internacional ha sido el acordar una conducta que los Estados deberán observar en relación con las inversiones transnacionales; para ello, por lo general se han tomado dos medidas: (i) establecer códigos de conducta multilaterales ("guidelines"); o (ii) celebrar tratados bilaterales de inversión.<sup>3</sup>

En atención a esta práctica estatal, y con miras a atraer la mayor cantidad de capital posible, México celebró con Estados Unidos y con Canadá un tratado de libre comercio dentro del cual sobresale por su importancia y trascendencia el Capítulo XI que regula lo relativo a la inversión foránea.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el "TLCAN") fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1.º de enero de 1994.

Si bien el TLCAN regula un abanico vastísimo de materias, ha llegado a ser calificado preponderantemente como un tratado de inversión<sup>4</sup> por la importancia y trascendencia de las disposiciones y medidas que en materia de inversión extranjera dicho tratado ha contemplado.

La materia de inversión ha sido regulada en el marco del TLCAN en el Capítulo XI, acerca del cual procederemos a hacer un breve comentario a efecto de introducirnos en materia antes de proceder a abordar el tema principal de este ensayo.

2. Rubín, Seymour J. *Avoidance and Settlement of International Investment Disputes: Overview*. En *International Investment Disputes: Avoidance and Settlement*. Editado por Seymour J. Rubín y Richard W. Nelson. American Society of International Law. Studies in Transnational Legal Policy No. 20. West Publishing Company. Estados Unidos, 1985, pág. 1.

3. Rubín. *Loc. Cit.* pág. 8.

4. López-Velarde Estrada, Rogelio. *Breves Apuntes sobre el Tratado de Inversión del TLC*. En PEMEX-LEX. Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos. Núm. 75-76. septiembre-octubre de 1994, pág. 23.

## Estructura General del Capítulo XI del TLCAN

El Capítulo XI del TLCAN se divide en 3 secciones. En la sección A se establecen las garantías con las que contará la inversión de un nacional de alguno de los Estados Parte del TLCAN. La sección B contempla el Mecanismo de Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionista de otra Parte; y la sección C prevé las definiciones que regirán para efectos del mismo.

Algunas de las garantías más importantes plasmadas en la sección A son las siguientes:

### 1. Apertura Sectorial

Este rubro prescribe que en sectores específica y limitativamente identificados, la inversión extranjera podrá participar hasta el 100% sin la necesidad de recabar cualquier tipo de autorización previa.

A su vez, las partes se comprometen a, en lo futuro, ser más liberales en cuanto a los sectores en los que podrá participar la inversión extranjera.

### 2. Trato a la Inversión

Esta garantía tiene vertebral importancia en el tema que nos concierne ya que, como se explicó, el objetivo<sup>5</sup> toral del Capítulo XI es el de brindar seguridad jurídica al capital foráneo para que éste contribuya al desarrollo de la región. Esta garantía fue abordada de tres formas, que son las siguientes:

a) **Principio de Trato Nacional.**<sup>7</sup> Este principio que, por ser la piedra angular de todo esquema de libre comercio, permea en todo el TLCAN, establece que ninguno

5 El propósito de esta sección no es la de hacer un análisis o estudio exhaustivo acerca del capítulo XI del TLCAN, sino el hacer una mera mención *grasso modo* de las disposiciones más importantes del mismo con miras a establecer un marco de referencia para el lector de los conceptos y premisas que posteriormente procederemos a tocar. Para un ensayo más profundo acerca de lo contenido en el capítulo en cuestión se recomienda recurrir, entre otras, a las siguientes obras: (1) *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte* de Fernando A. Vázquez Pando y Loreta Ortiz Ahlf. Ed. Themis, México, D.F., primera edición, 1994, pp. 97 a 114. (2) *Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Inversión de Fernando Hefve Etienne, en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas. Tomo II, pp. 55 a 96. (3) *Bilateral Investment Treaties of Rudolf Dolzer y Margrete Stevens*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London. (4) *Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investments*, de José Luis Siqueiros, en *California Western International Law Journal*, Vol. 24, #2, Spring 94; (5) *Algunos Aspectos del Sistema de Solución de Controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio*, de Leonel Perézmiro Castro, Jurídica #23. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1994; (6) *Métodos de Solución de Controversias en los Esquemas Interamericanos de Integración y Libre Comercio* de José Luis Siqueiros, en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Núm. 25, 1995 - II, pp. 335-349; y (7) *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Inversión y Solución de Controversias de Francisco Ciscomani Frenier, en *Ars Iuris*. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Núm. 10, 1993, pp. 285-295.

6 Hefve. *Loc. Cit.*, p. 70.

7 Artículo 1102 del TLCAN.

de los Estados Parte podrá otorgar a la inversión extranjera un trato menos favorable del que otorga a sus propios inversionistas. En otras palabras, que el gobierno anfitrión de una inversión no discrimine en contra de ésta en razón del origen de su capital.<sup>8</sup>

b) **Trato de Nación más Favorecida.**<sup>9</sup> Esta institución, que es la columna vertebral del GATT,<sup>10</sup> se define como la obligación de otorgar a un inversionista un trato no menos favorable que el trato más favorable que un gobierno otorgue a la inversión de un nacional de cualquier otro país. Este principio consiste en la obligación de hacer extensivo a los inversionistas del TLCAN aquellos beneficios que cualquiera de las partes otorgue a inversionistas ajenos a la región.

c) **Trato Mínimo.**<sup>11</sup> Este principio se traduce en un "trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas".

### 3. Requisitos de Desempeño<sup>12</sup>

Los requisitos de desempeño son condicionantes de tipo económico que repercuten directamente en el accionar de la empresa.<sup>13</sup> En Capítulo XI, los Estados Parte del TLCAN se comprometieron a no imponer ni hacer cumplir ningún compromiso en relación con su inversión que pudiera obstaculizar las actividades del inversionista extranjero.

### 4. Transferencias<sup>14</sup>

El compromiso comprendido bajo este rubro consiste en que los gobiernos deberán permitir la libre repatriación de las utilidades derivadas del proyecto de inversión sin la imposición de obstáculos que pudieren estorbarles para ello.<sup>15</sup>

### 5. Expropiación e Indemnización

Acerca de esta promesa es necesario mencionar que la intención de los negociadores del Capítulo XI no fue la de restringir el derecho soberano de un Estado a expropiar, sino a que en caso de que quiera ejercer su derecho a hacerlo, deberá observar ciertos lineamientos contemplados en el tratado mismo, como lo son el que tenga que

8 Heflye. *Ob. Cit.*, p. 71.

9 Artículo 1103 del TLCAN.

10 Orrego Vicuña, Francisco. *América Latina y la Cláusula de la Nación más Favorecida*. En *Derecho Internacional Económico*. Fondo de Cultura Económica. México, primera edición, 1974, p. 16.

11 Artículo 1105 del TLCAN.

12 Artículo 1106 del TLCAN.

13 Heflye. *Op. Cit.*, p. 75.

14 Artículo 1109 del TLCAN.

15 Heflye. *Ob. Cit.*, pp. 75-76.

ser por causa de utilidad pública, no discriminatoriamente, acatando el principio de legalidad y mediante indemnización la cual deberá ser igual al valor justo de mercado inmediatamente antes de la medida expropiatoria, en moneda del Grupo de los Siete, sin demora y completamente liquidable, entre otros.<sup>16</sup>

### 6. Alta Dirección Empresarial y Consejos de Administración<sup>17</sup>

Esta medida estipula que un gobierno no podrá exigir que en las sociedades constituidas conforme a sus leyes, los puestos de alta dirección sean ocupados por personas de determinada nacionalidad. Lo anterior tan sólo podrá pedirlo en cuanto a la mayoría de los miembros de los consejos de administración, siempre y cuando este requisito no menoscabe la facultad del inversionista extranjero de controlar su empresa.<sup>18</sup>

Después de haber hecho una somera mención acerca de los principales principios incluidos en la sección A del Capítulo XI que rigen en cuanto a inversión extranjera se refiere, cabe mencionar que en la sección B de dicho Capítulo se ha diseñado un Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado para que en caso de que un *Inversionista de una Parte*<sup>19</sup> considere que alguna de las garantías contempladas en la sección A no le han sido respetadas, pueda combatir los actos violatorios de las mismas en foros internacionales a través del arbitraje internacional que le aseguren imparcialidad y justicia.

### Ámbito y Propósito del Presente Estudio

Ha existido un gran eco en la doctrina y práctica en lo referente a las bondades del Capítulo XI del TLCAN y el mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado diseñado y contenido en el mismo.

No obstante todas las virtudes que se le reputan a dicho capítulo y, en general, a los BIT's que hoy por hoy han sido adoptados o están siendo negociados por el gobierno mexicano,<sup>20</sup> es en opinión del suscrito que existen ciertas instituciones de derecho interno que podrían ser antagónicas frente al Capítulo XI del TLCAN que tarde o temprano será necesario afrontar y ventilar con el propósito de limar las aristas que las mismas se augura podrán engendrar en el funcionamiento de las renombradas

16 Artículo 1110 del TLCAN.

17 Artículo 1107 del TLCAN.

18 Heflye. *Ob. Cit.*, p. 79.

19 El término *Inversionista de una Parte* es uno expresamente definido en el artículo 1139 del TLCAN. Significa: una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión. En virtud de que a la fecha los únicos Estados Parte del TLCAN son México, Estados Unidos y Canadá, al hablar del Capítulo XI de *Inversionista de una Parte* necesariamente debe entenderse por ello a un inversionista nacional de los países referidos.

20 Como lo son los instrumentos que han sido negociados con Suiza, Argentina, Alemania, España y Nicaragua, así como los que tenemos conocimiento que están en vías de ser negociados con Panamá, Perú, Ecuador, Guatemala, Honduras, El Salvador, y la Comunidad Económica Europea.

instituciones del TLCAN y los demás tratados de inversión de los cuales México pudiera formar parte.

En forma específica, nos referimos a las siguientes instituciones:

- a) La Garantía Constitucional de Igualdad.
- b) La Doctrina y Cláusula Calvo.
- c) La Jurisdicción Territorial.

En forma primigénea procederemos a tocar lo relativo a la problemática que existe en el Capítulo XI con la Garantía Constitucional de Igualdad. Hecho esto, trataremos lo referente a la Doctrina y Cláusula Calvo y los problemas que la misma puede engendrar en la mecánica, funcionamiento y validez de las disposiciones contenidas en el capítulo de Inversión del TLCAN, así como el problema de la jurisdicción territorial y el principio de agotamiento previo de los recursos locales desde el punto de vista del Derecho Internacional Público. Hecho lo anterior continuaremos con una síntesis conclusiva de los puntos abordados en esta tesis incluyendo algunos argumentos que se han esgrimido en contra de nuestras creencias; y concluiremos con unas ideas finales acerca de la problemática planteada en el presente ensayo.

Es importante aclarar que si bien a lo largo del presente nos referiremos al Capítulo XI del TLCAN, al hacer dicha alusión es la intención del autor de abarcar los demás Tratados de Inversión o los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio de los cuales México es parte o célebre en un futuro puesto que del estudio de los mismos se puede observar que, en términos generales y salvo algunas variantes, el contenido de las instituciones contempladas en los mismos es muy parecido, por lo cual, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, procederemos a hacer referencia al primero y probablemente más importante de ellos: el Capítulo XI del TLCAN.

## II. La Garantía de Igualdad

### A. Las Garantías Individuales

Las llamadas Garantías Individuales son el mecanismo que el derecho constitucional mexicano ha consagrado para salvaguardar un derecho humano determinado. Son el medio formulado por la Ley Fundamental para asegurar el goce de los Derechos cardinales que el hombre, por el solo hecho de serlo, tiene y ha de tener siempre.<sup>21</sup> No debe confundirse el medio con que un derecho determinado se vela o garantiza con el derecho mismo. Mientras que los derechos del hombre constituyen una categoría

21 Fix Fierro, Héctor. Comentario al artículo 1o. de la Constitución. *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. Cámara de Diputados, 1996. Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., tomo I, p. 6.

abstracta y genérica, la garantía constituye la medida individualizada y concreta en que la Constitución protege a cada uno de estos derechos.<sup>22</sup>

Nuestra Carta Magna establece a lo largo de la misma, pero preponderantemente en su parte *dogmática*,<sup>23</sup> una serie de derechos del hombre necesarios e indispensables para la consecución misma de los fines del Estado, dentro de los cuales encontramos el procurar una sana convivencia humana y el bienestar de los individuos.<sup>24</sup> Estos derechos del hombre, protegidos a través del mecanismo de la Garantía Individual, son la base y el objeto de las instituciones sociales,<sup>25</sup> y una de las decisiones fundamentales<sup>26</sup> que debe contener toda Constitución,<sup>27</sup> razón por la cual el constituyente debió plasmar un mecanismo de rango constitucional para velar por el respeto y acato de los mismos, y así, en virtud de su localización en nuestro sistema jurídico, que estos derechos gocen de las características de los preceptos contenidos en nuestra Constitución,<sup>28</sup> tales como el principio de supremacía constitucional estipulado en el artículo 133<sup>29</sup> de nuestro Código Político Fundamental, el principio de rigidez constitucional plasmado en el artículo 135 de nuestra Carta Magna,<sup>30</sup> y el principio de inviolabilidad de la Constitución, cristalizado en el artículo 136 de nuestra Ley de Leyes.<sup>31</sup>

22 *Idem*.

23 Como se le ha denominado en la doctrina a los primeros 29 artículos de la misma, en los cuales se contempla la Declaración Mexicana de los Derechos del Hombre (Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa, México, D.F., 25a. edición, 1991, p. 23). La parte dogmática de la Constitución (la diferencia de la parte *orgánica*) comprende un conjunto de normas que se refieren a los derechos fundamentales del hombre, mientras que la parte *orgánica* abarca la organización y actividades estatales (Sayeg Helló, Jorge. *Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa, México, D.F., primera edición, 1987, p. 21).

24 Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. Ed. Porrúa, México, D.F., 27a. edición, 1994, p. 448.

25 Debates del Congreso Constituyente de 1856; sesión del 10 de julio de 1856. A su vez así lo dispuso el artículo 1o. de la Constitución de 1857, antecedente inmediato del actual artículo 1o. de nuestra Constitución de 1917. *El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución*. (Debates del Congreso Constituyente de 1916. 10a. sesión ordinaria celebrada la tarde del martes 12 de diciembre de 1916).

26 Las decisiones fundamentales son aquellos principios o decisiones que son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política y sobre ellas descansan todas las demás normas del orden jurídico. Son los principios rectorios del orden jurídico, la esencia misma de ese derecho (Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*. Ed. Porrúa, México, D.F., tercera edición, 1991, p. 298).

27 Carpizo. *Op. Cit.*, pp. 298-299.

28 Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Ed. Porrúa, México, D.F., 25a. edición, 1993, p. 187.

29 Que significa que las disposiciones de rango constitucional tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades deben observarla preferentemente a cualquier disposición ordinaria (Burgoa. *Garantías Individuales*. *Op. Cit.*, p. 187).

30 Este principio sostiene que las disposiciones de jerarquía constitucional no pueden ser modificadas o reformadas por el Poder Legislativo ordinario (el Congreso de la Unión), sino por un poder extraordinario integrado conforme a lo dispuesto en el artículo 135 constitucional (Burgoa. *Garantías Individuales*. *Loc. Cit.*, p. 188).

31 Se afirma que la Constitución es inviolable porque sólo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio de poder constituyente cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teológico de su soberanía. El concepto de *inviolabilidad* debe entenderse como la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, ya que de hecho la Constitución es susceptible de infringirse por un sin fin de actos del poder público que la Constitución misma prevé. Para ello toda Constitución provee a su autodefensa instituyendo sistemas de control de diversos tipos, en México el control de la constitucionalidad se ejerce preponderantemente a través del juicio de amparo (Burgoa. *Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa, México, D.F., 8a. edición, 1992, p. 386).

Nuestro sistema de gobierno se caracteriza principalmente por dos cosas: primero, por la organización de la soberanía; y, segundo, por la organización de un sistema de Garantías Individuales que, consideradas por el soberano mismo, que es el pueblo, como superiores a todas las instituciones, constituyen un campo impenetrable para la acción gubernamental que no se sujeta estrictamente a la ley.<sup>32</sup> La organización de las garantías constituye una esfera de inmunidades donde no puede penetrar el gobierno;<sup>33</sup> las Garantías Individuales constituyen un coto a la acción del poder público, al actuar del Estado, y al ejercicio, por parte de los servidores públicos, de las funciones y soberanía del Estado en cuestión.<sup>34</sup> La acción gubernamental en el derecho político mexicano encuentra dos clases de limitaciones: una que emana de la organización de la soberanía nacional y otra que emana de la organización de los derechos individuales.<sup>35</sup>

Los derechos públicos subjetivos resguardados dentro de las Garantías Individuales constituyen una esfera infranqueable en la relación supra-subordinación<sup>36</sup> que existe entre el gobernado (un particular)<sup>37</sup> por un lado, y la autoridad (el Estado) por el otro. Dentro de esta relación jurídica, como en todas, encontramos una serie de derechos y obligaciones recíprocos que constituyen el objeto mismo de la Garantía Individual; dicho objeto se despliega en una doble vertiente ya que por un lado forma parte de dicho objeto el derecho público subjetivo a cargo del particular como sujeto activo, y la obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades (como sujeto pasivo) de respetar el consabido derecho, y en observar o cumplir las condiciones de seguridad

32 Campillo, Aurelio. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. "La Económica". Jalapa, Veracruz, 1928, p. 62.

33 *Id.*, p. 73.

34 Burgoa. *Garantías Individuales*. Ob. Cit., p. 187.

35 Campillo. *Loc. Cit.*, p. 70.

36 Existen tres tipos de relaciones en la vida de cualquier Estado o sociedad, y son las relaciones de coordinación, las de supraordinación, y las que supra a subordinación. Las relaciones de coordinación son aquellas en las que dos o más sujetos físicos o morales interactúan en su condición de gobernados. Las relaciones de supraordinación son aquellas que se establecen entre los diferentes órganos de poder o gobierno de un Estado, están reguladas por el derecho administrativo y constitucional. Las relaciones de supra a subordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva, v. g., surgen entre entidades colocadas en distinto plano o posición, o sea, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad por un lado, y el gobernado por el otro. En estas relaciones la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan, frente al gobernado, la actividad soberana o de gobierno a través de actos autoritarios los cuales cuentan con los siguientes atributos esenciales: la unilateralidad (entendiendo la unilateralidad como la falta de necesidad de que concorra la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza), la imperatividad (ya que se impone contra y sobre la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza), y la coercitividad (en virtud de que si no se acata por rebeldía u oposición de la persona contra quien se pretende ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública, en detrimento de ella) (Burgoa. *Garantías Individuales*. Loc. Cit. p. 167). Las relaciones de supra a subordinación son aquellas que se entablan entre gobernantes y gobernados. En estas relaciones de supra a subordinación, en virtud de sus atributos de unilateralidad, imperatividad y coercitividad anteriormente explicados, observarse por toda autoridad en aras de que no incurra en actos arbitrarios e injustos en detrimento del gobernado. Para la consecución de lo anterior, el derecho público ha establecido un cauce normativo por donde debe desarrollarse la conducta o actividad de los órganos del Estado en ejercicio del poder público o de la función imperativa o de autoridad (Burgoa. *Garantías Individuales Ob. Cit.*, p. 170).

37 Entendiendo por particular o gobernado todo ente que es susceptible de ser afectado en su esfera jurídica por actos de autoridad. De ahí que en la doctrina se incluya como gobernados a las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, las empresas de participación estatal, e incluso a los órganos descentralizados (Burgoa. *Garantías Individuales Ob. Cit.*, p. 170).

jurídica del mismo.<sup>38</sup> De la misma forma en que un particular tiene ciertas obligaciones para con el Estado, y el Estado ciertos derechos que corresponden a la obligación del particular, correlativamente el particular a su vez cuenta con ciertos derechos frente a la autoridad que se traducen como obligaciones para esta última. Entre estas obligaciones que recaen sobre los hombres de la autoridad *vis-à-vis* el particular, encontramos las Garantías Individuales, de ahí que se le denomine a estos derechos "derechos subjetivos públicos", ya que implican un derecho por parte del particular frente a una obligación correlativa por parte del Estado, ya sea de hacer o de no hacer.

La soberanía, como potestad soberana del Estado, no es ilimitada, sino que está sujeta a restricciones; más éstas no provienen de una imposición, o de un poder ajeno y extraño a ella, sino que obedecen a su propia naturaleza. El pueblo, siendo el depositario real del poder soberano,<sup>39</sup> en ejercicio de éste decide desplegar su actividad sujeta dentro de ciertos cauces jurídicos que él mismo crea y que se obliga a no transgredir; en una palabra se **autolimita**. Además, existiendo la necesidad de que su vida adopte la forma que más le convenga, selecciona él mismo la manera de constituirse y el sistema de funcionamiento, es decir, se **autodetermina**.<sup>40</sup>

La autolimitación que es una de las capacidades propias de la soberanía, implica una restricción a la actividad del Estado introducida por el orden jurídico.<sup>41</sup> La autolimitación se traduce, pues, en una serie de restricciones jurídicas impuestas a la actividad de las autoridades estatales.<sup>42</sup>

Este cauce, estos principios, son las Garantías Individuales, las cuales no son más que el medio por el cual se salvaguardan las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.

Los derechos y obligaciones que implica o genera la relación que existe entre gobernados y gobernantes tienen como esfera de gravitación esas prerrogativas sustanciales del ser humano. Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad. Las Garantías Individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de los derechos o prerrogativas fundamentales del individuo (en el sentido de obligatoriedad e imperatividad) para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo.<sup>43</sup>

La potestad del gobernado de exigir a las autoridades estatales y, por ende, al Estado, el mencionado respeto, la indicada observancia, no es un mero hecho o una sim-

38 Burgoa. *Garantías Individuales*. Op. Cit., p. 187.

39 Como así lo reconoce nuestra Constitución Federal en su artículo 39.

40 Burgoa. *Garantías Individuales*. *Locus citatus*, p. 157.

41 *Id.*, p. 160.

42 *Idem.*, p. 161.

43 *Id.*, p. 187.

ple posibilidad de actuar del titular de la Garantía Individual y cuyo cumplimiento o acatamiento podrían eludirse. Por el contrario, dicha potestad prevalece contra la voluntad estatal expresada por conducto de las autoridades, la cual debe acatar las exigencias, los imperativos de aquélla, por estar sometida obligatoriamente.<sup>44</sup>

Las instituciones sociales se hacen para salvaguardar, y beneficiar al hombre, para prosperidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la **igualdad**, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las instituciones políticas.<sup>47</sup>

El Estado sólo puede inmiscuirse en ciertas áreas de la vida humana, y es en la proyección social del hombre en donde puede intervenir la esfera autoritaria del Estado. Existe una parte íntimamente reservada a los seres humanos, en la que el Estado no puede entrometerse sin violar su propia naturaleza, sin salirse de la misión específica de obtener el bien público que le corresponde, esa esfera, que corresponde al individuo, no puede ser alcanzada por el Estado, le corresponde exclusivamente a la persona humana individual en toda su extensión y en toda su profundidad.<sup>48</sup>

Las Garantías Individuales no son sino los derechos de carácter político-jurídico, bases de un sistema constitucional individualista: es decir, son ofertas hechas al individuo por el poder constituyente de que las autoridades y leyes de su creación habrán de respetar determinados derechos que ellas no deben sino reconocer; puesto que ya los tiene y que con menos razón podrían darle ni desconocerle leyes secundarias ni autoridades algunas, cuya misión es simplemente respetarlos.<sup>49</sup>

Las Garantías Individuales son auténticas vigencias de los pueblos o de grupos que constituyen a éstos, quienes se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esta calidad.<sup>50</sup>

Existen diversas clasificaciones de las Garantías Individuales,<sup>51</sup> de las cuales nos permitimos adoptar, para los propósitos del presente estudio, aquella propuesta por el maestro Burgoa:<sup>52</sup> quien las clasifica en las siguientes cuatro categorías:

44 *Idem.*, p. 180.

45 Congreso Constituyente de 1916, 11.a sesión ordinaria celebrada la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916.

46 En su artículo 24.

47 Porrua Pérez, *Ob. Cit.*, pp. 250-251.

48 *Id.*, p. 239.

49 Campillo, *Obra citada*, p. 69.

50 Castro, *Juvenino. Garantías y Amparo*, Ed. Porrúa, México, D.F., séptima edición, 1991, p. 3.

51 Para ejemplos de diferentes clasificaciones *conferir*: Castro, *Loc. Cit.*, pp. 30-31; Hauriou, André; Gicquel, Jean y Gélard, Pierre. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Biblioteca de Ciencia Política, Colección Demos, Ed. Ariel, Barcelona-Carcas-México, segunda edición, 1980, pp. 224-228; y Burgoa, *Garantías Individuales*, *Loc. Cit.*, pp. 192-194.

52 Burgoa, *Garantías Individuales*, *Loc. Cit.*, pp. 192-194.

### 1.a. Garantías de Libertad

### 2.a. Garantías de Igualdad

### 3.a. Garantías de Propiedad

### 4.a. Garantías de Seguridad

A continuación pasaremos a tratar someramente lo relativo a las Garantías de Igualdad en virtud de que son éstas las que nos conciernen para efectos del tema que pretendemos exponer.

## B. La Garantía de Igualdad

En nuestro texto Constitucional podemos encontrar Garantías de Igualdad en los siguientes artículos: 10., 20., 40., 120. y 130. De todos los anteriores, para los propósitos del presente ensayo, nos interesa en particular el contenido del artículo 10., el cual reza:

*"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."*

Este artículo entraña la Garantía Individual de Igualdad. En virtud del vertebral principio jurídico de igualdad que se encuentra resguardado dentro de los renglones del artículo primero de nuestra Carta Magna, todos los individuos que se encuentren en territorio nacional tienen derecho a gozar de los derechos que la Constitución consagra sin distinciones de **nacionalidad**, raza, religión, sexo, etcétera. El precepto y principio citado es de un calibre tal que hay quien considera que constituye el fundamento mismo de los derechos humanos.<sup>53</sup> Su trascendencia se puede observar en el hecho de que, si bien en los debates del Congreso Constituyente de 1856 se discutía acerca de cuáles eran los derechos del hombre, el principio de igualdad de los mismos siempre se mantuvo incólume e incuestionable.<sup>54</sup>

El derecho público subjetivo velado por la llamada Garantía Individual de Igualdad se puede resumir, deslindar y comprender en el contenido de la excelsa y sabia

53 Fix Fierro, *Loc. Cit.*, p. 10.

54 *Vid.*, en general, los Debates del Congreso Constituyente de 1856 (sesiones del 10 y 11 de julio de 1856) y de 1916 (8.a. sesión ordinaria del lunes 11 de diciembre de 1916, 10.a. sesión ordinaria celebrada la tarde del martes 12 de diciembre de 1916, 11.a. sesión ordinaria celebrada la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916, y 61.a. sesión ordinaria celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917).

frase que establece que la justicia consiste en "tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales".<sup>55</sup>

El principio de igualdad de los hombres implica y sobreentiende que la regla de derecho ha de ser siempre la misma.<sup>56</sup> "La garantía de la igualdad está bien presentada con las palabras de igualdad ante la ley...".<sup>57</sup> Dicho precepto constitucional garantiza la igualdad de todas las personas, no en el aspecto físico o corporal, ni económico, ni intelectual, ni aun ante la sociedad, sino exclusivamente en el sentido jurídico y gubernativo, es decir, ante la ley y ante el Estado.<sup>58</sup> La igualdad ante la ley se concibe hoy fundamentalmente como principio de no discriminación. En otras palabras, la ley puede hacer distinciones entre las personas, concediéndoles diferentes derechos o privilegios, pero el trato desigual será ilegítimo si se funda en criterios como la raza, el sexo, la religión, el origen social, nacionalidad, etcétera.<sup>59</sup>

Jurídicamente, la igualdad se traduce en que varias personas que se encuentren en una misma situación jurídica abstracta tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones.<sup>60</sup> La igualdad como garantía individual debe traducirse en la situación negativa de toda diferencia entre los hombres, proveniente de circunstancias y atributos originarios emanados de la propia personalidad humana particular (raza, religión, nacionalidad, etc.).<sup>61</sup>

En resumen, la igualdad ante la ley se traduce en un mismo tratamiento normativo para todos los sujetos que se encuentren dentro de ciertos supuestos normativos específicos.<sup>62</sup>

La ley debe ser justa en su principio y en general en su objeto. Para ser igual para todos los miembros del cuerpo social su aplicación debe ser independiente del título de las personas. Debe ser general en su objeto pues de otro modo degeneraría en privilegio.<sup>63</sup>

<sup>55</sup> Este principio aristotélico establece que la "desigualdad entre iguales, y la disparidad entre partes es contraria a la naturaleza; y ninguna cosa contraria a la naturaleza es honesta" (Aristóteles. Política VII. 3. 1325 y III. 5. 1280. Citado por Burgoa. *Garantías Individuales*. *Loc. Cit.*, p. 254).

<sup>56</sup> Duguit, L. *Manual de Derecho Constitucional*, p. 4, traducción de José Acuña, Madrid, 1926, citado en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XIV. Bibliográfica OMEBA, Driskill, S.A., Buenos Aires, 1982, p. 892.

<sup>57</sup> Montiel y Duarte, Isidro. *Estudio sobre Garantías Individuales*. Ed. Porrúa, México, D.F., segunda edición, 1972, p. 63 (énfasis añadido).

<sup>58</sup> Bazdrusch, Luis. *Garantías Constitucionales*. Ed. Trillas, México, D.F., 1ª edición, 1994, p. 98.

<sup>59</sup> Fix Fierro. *Ob. Cit.*, p. 10.

<sup>60</sup> Burgoa. *Garantías Individuales*. *Ob. Cit.*, pp. 251-253.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 255.

<sup>62</sup> *Idem.*, p. 256.

<sup>63</sup> Campillo. *Locus citatus*, p. 282.

El artículo 1o. de nuestra Constitución contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente proceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.<sup>64</sup>

A mayor abundamiento, de la misma manera en que la igualdad se traduce en tratar igual a los iguales, es menester tratar desigual a los desiguales. Sin embargo, un trato desigual debe encontrar su fundamento y razón de ser en una diferencia entre los sujetos comparados que sea razón eficiente y suficiente para justificar dicha diferencia de trato. de lo contrario, estaríamos en presencia de una discriminación ante quien no se trata igual, frente a un privilegio que goza el segundo sujeto en comparación. En otras palabras, la diferencia de trato debe poder ser explicada en una diferencia cualitativa entre los entes diferenciados para evitar ser tildada de injusta e inconstitucional.

### C. Las Garantías Individuales y los Tratados Internacionales

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>65</sup> define, en su artículo 2o., a un tratado como:

"Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

A su vez, la Ley sobre la Celebración de Tratados<sup>66</sup> define a un Tratado como:

"El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos".

La *lex scripta* internacional constituye una de las fuentes principales<sup>67</sup> de derecho internacional<sup>68</sup> ya que es la forma en que los entes soberanos, y los organismos inter-

<sup>64</sup> Congreso Constituyente de 1916, 8a. sesión ordinaria celebrada el lunes 11 de diciembre de 1916; y 11a. sesión ordinaria celebrada la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916.

<sup>65</sup> Firmada en Viena el 23 de mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

<sup>66</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992, y que entró en vigor al día siguiente de dicha publicación.

<sup>67</sup> Como así lo contempla el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (firmado en San Francisco el 26 de junio de 1945, y que entró en vigor el 24 de octubre de 1945). Asimismo, lo anterior ha sido reconocido por nuestro legislador. *Vid.* Exposición de Motivos de la iniciativa de la Ley de Celebración de Tratados, p. 1.

<sup>68</sup> Si bien el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece una jerarquía entre las fuentes de derecho internacional, se le ha dado una posición prioritaria a los tratados. Lo anterior se puede corroborar en el gran arraigo,



nacionales, establecen los derechos y obligaciones que regirán las relaciones entre los mismos.

En México la regulación de las convenciones internacionales se deriva de la Constitución misma y de la recientemente promulgada Ley sobre la Celebración de Tratados.

Los artículos 89.X<sup>69</sup> y 133<sup>70</sup> de la Constitución facultan expresamente al Presidente de la República para negociar y celebrar tratados internacionales con las potencias extranjeras y los organismos internacionales.

A la fecha existe una controversia doctrinaria<sup>71</sup> acerca de los alcances de dicha facultad y algunos problemas competenciales y constitucionales de la misma. Sin embargo, no entraremos al estudio de esa problemática en virtud de que dicho tema escapa al propósito del presente estudio. Lo que nos concierne contemplar para hablar exhaustivamente del tópico que nos interesa sin dejar cabos sueltos, pero procurando no divagar, es mencionar que en la actualidad la facultad del Presidente de la República de celebrar Tratados Internacionales, es extremadamente amplia, "el presidente no tiene más límites en su facultad de celebrar tratados internacionales que las expresamente contenidas en la Constitución mexicana. Es decir, aquellas que se derivan del artículo 15 del Pacto Federal. Fuera de esta restricción, las facultades del Ejecutivo Federal resultan virtualmente ilimitadas en materia de negociaciones internacionales".<sup>72</sup>

popularidad y aceptación con el que han contado en el ámbito internacional, el cual se puede fácilmente vislumbrar en la cifra de más de 30,000 tratados internacionales que han sido registrados ante las Naciones Unidas a partir de la Segunda Guerra Mundial-1945 (Schachter, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, p. 74; y Henkin et alii. *Locus citatus*, p. 95).

69 El artículo 89 de nuestra Ley Fundamental reza: "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: (...) X. Dirigir la política exterior y celebrar los tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado..." (énfasis es nuestro).

70 El artículo 133 del cuerpo legislativo citado dispone que: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados" (énfasis añadido).

71 Esta discusión encuentra su origen en la reforma al artículo 133 Constitucional del 18 de enero de 1934, en la cual se cambió al órgano ratificador de los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo. Con anterioridad a dicha reforma, le correspondía al Congreso de la Unión el aprobar los tratados que el Ejecutivo haya negociado, lo cual cambió con la reforma citada, después de la cual pasó a ser el Senado el órgano facultado para realizar dicha labor. La problemática consiste en que hay quien sostiene (véase Patiño Manifer, Ruperto. Comentario al artículo 133 de la Constitución. *Derechos del Pueblo Mexicano*. México a través de sus Constituciones. Cámara de Diputados, 1996. Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., tomo XII, pp. 1176-1182) que al celebrar tratados internacionales el Presidente de la República frecuentemente incurre en actos *ultra vires* al invadir la esfera competencial del legislativo federal—el Congreso de la Unión— en sus facultades exclusivas enumeradas expresamente en el artículo 73 de la Constitución, al celebrar tratados que versan sobre dichas materias, y sobre los cuales el Congreso carece de facultad de aprobar con posterioridad a su negociación, siendo que esas materias son facultades exclusivas de aquel órgano legislativo.

72 Martínez Bález, Antonio. *El Tratado Mexicano-Norteamericano sobre Aguas Internacionales*. En *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946, p. 177 (Citado por Patiño, Ob. Cit., p. 1185).

El artículo 15 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone:

"Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano." (énfasis es nuestro).

La última parte del artículo quince constitucional debe entenderse como un límite impuesto a las facultades del Ejecutivo Federal y del Senado, para celebrar tratados que deroguen, alteren o modifiquen las garantías constitucionales.<sup>73</sup>

No solamente está mandado que se respeten estas garantías y que estas garantías no se suspendan ni se restrinjan sino en los casos y en las condiciones que la misma Constitución establece, sino que está terminantemente prohibido que puedan celebrarse tratados con las potencias extranjeras en los cuales se alteren de cualquier manera estas garantías,<sup>74</sup> ya que las garantías son mandatos a las autoridades para que las respeten y se atengan en todo caso a ellas; son prohibiciones a que por medio de tratados o convenios se desconozcan o alteren.<sup>75</sup>

Las garantías o derechos consagrados en la Constitución son derechos mínimos, que por lo mismo pueden ser ampliados o complementados por las Constituciones de los Estados, por las leyes reglamentarias y, sobre todo, por los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por nuestro país;<sup>76</sup> pero ninguno de todos estos ordenamientos puede contradecir a la Constitución General.<sup>77</sup> Se ha llegado a afirmar que los únicos Tratados que son anti-constitucionales son aquellos que van contra una prohibición expresa contenida en algún precepto de nuestra Carta Magna.<sup>78</sup>

La facultad del presidente de celebrar tratados internacionales no es omnimoda ni ilimitada, el presidente de la República, al celebrar un tratado, debe primero consultar la Constitución y saber si el tratado es consistente con ella.<sup>79</sup> La única limitación que

73 Campillo. *Op. Cit.*, p. 92.

74 Congreso Constituyente de 1916, 11a. sesión ordinaria celebrada la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916.

75 Campillo. *Op. Cit.*, p. 21.

76 Para un somero análisis acerca de las Convenciones en materia de Derechos Humanos aprobadas por nuestro país, así como la protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, véase González de Cossío y Martínez, Francisco y González de Cossío Guadalupe. *Francisco. Los Derechos Humanos. Un Enfoque Regional*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nueva Serie, Año XXX, No. 90 Septiembre-Diciembre 1997, p. 1037.

77 Fix Fierro. *Loc. Cit.*, p. 8.

78 Enríquez Jr., Ernesto. *Defensa del Tratado México-Norteamericano sobre Ríos Internacionales*. En *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946, p. 240 (Citado por Patiño, *Op. Cit.*, p. 1187).

79 Esquivel Obregón, Toribio. *Impugnación del Tratado de Aguas*. En *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946, p. 195 (Citado por Patiño, *Op. Cit.*, p. 1187).

tiene el presidente de la República respecto de la celebración de tratados internacionales se localiza en las normas contenidas en el texto de la Constitución.<sup>80</sup> De lo que se deriva la obligación del Ejecutivo que cuando ejerza su amplísima facultad de celebrar Tratados Internacionales, se atenga a las restricciones que contiene el texto constitucional.

Las limitaciones o restricciones a las garantías individuales sólo pueden establecerse por la misma Ley Fundamental y reglamentarse por ordenamientos secundarios, o sea por la legislación ordinaria *per se*.<sup>81</sup>

Cuando la parte final del artículo 15 de la Constitución habla de convenios y tratados que "*alteren las garantías y derechos*" constitucionales del hombre y del ciudadano, se entiende que semejante "alteración" corresponde a las restricciones o suspensiones que proscriben o condiciona el artículo 10.<sup>82</sup> El artículo 15 de la Constitución viene a ser un complemento del artículo 10.<sup>83</sup> La prohibición<sup>84</sup> que abarca el artículo 15 constitucional versa sobre cualquier tratado o convenio internacional, y se asocia con el artículo 10. al disponer que "*no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece*".<sup>85</sup>

Al prohibirse a las entidades federativas<sup>86</sup> toda actividad en el orden externo o de la vida internacional, se deposita el ejercicio de la soberanía nacional, en cuanto a sus relaciones con las potencias extranjeras, en aquellos órganos federales, el Presidente de la República y Cámara de Senadores, a quienes la Constitución les atribuye la facultad de intervenir en la celebración o concertación de tratados con otras naciones soberanas<sup>87</sup> confiando en que ejercerán dicha facultad conforme a derecho sin extralimitarse en sus funciones ni violar su código de conducta máximo, la Constitución, ya que "*las autoridades del Estado tienen la obligación de considerar a todos los gobernados... situados en un mismo plano, sin atribuir distinciones y diferencias por concepto de raza, religión, nacionalidad, etc.*"<sup>88</sup>

Del artículo 133 de nuestra Ley de Leyes se desprende que tanto las leyes del Congreso como los tratados deben guardar armonía con la Constitución.<sup>89</sup> Resulta

80 Patiño. *Ob. Cit.*, p. 1184.

81 Burgoa. *Las Garantías Individuales*. *Locus citatus*, p. 262.

82 García Ramírez, Sergio. Comentario al Artículo 15 Constitucional. *Derechos del Pueblo Mexicano*. México a través de sus Constituciones. Cámara de Diputados, 1996. Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., tomo III, p. 146.

83 Burgoa. *Ob. Cit.*, p. 266.

84 La prohibición establecida en el artículo 15 fue propuesta como adición al proyecto del artículo 15 de la Constitución de 1857 (igual que a nuestra Ley Suprema vigente) por don Francisco Zarco, arguyendo que los tratados que se celebran con los ciudadanos de un país; por eso eminentes cultores del derecho internacional recomiendan a los negociadores que se abstengan de aceptar estipulaciones que modifiquen las leyes de la nación que representan (Burgoa. *Loc. Cit.*, p. 266).

85 García Ramírez. *Ob. Cit.*, p. 146.

86 Artículo 117.1 de nuestra Constitución Federal.

87 Martínez Bález. *Op. Cit.*, p. 177.

88 Burgoa. *Garantías Individuales*. *Ob. Cit.*, p. 256.

89 Patiño. *Locus citatus*, p. 1182.

evidente que conforme al texto del artículo 133 constitucional, el Presidente de la República debe asegurarse de que los compromisos internacionales que acepte a nombre del Estado mexicano, no riñan<sup>90</sup> ni sean contradictorios con las disposiciones jurídicas expedidas por el Congreso de la Unión, ya que de actuar en forma diferente, podría provocarse la aceptación del Estado mexicano de compromisos que eventualmente no podrían cumplirse, generándose también, para la autoridad encargada de aplicar ambas normas jurídicas, la necesidad de decidir entre violar la ley, con las consecuencias internas que tal conducta podría acarrearle, o violar el tratado, provocando el nacimiento de responsabilidad internacional para el Estado mexicano. Ninguna de ambas soluciones es deseable y debe evitarse que se presente tal disyuntiva.<sup>91</sup> De la lectura del artículo 133 de la Constitución se puede inferir el carácter *sine qua non* del requisito de que un tratado internacional guarde congruencia y respete los mandatos de la Ley Fundamental, ya que dicho artículo expresamente dice:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. (...)" (énfasis añadido).

El precepto anterior, al entrañar el Principio de Supremacía Constitucional, hizo alusión expresa a la necesidad de que los tratados internacionales no contraríen nuestra Carta Magna. Dicha disposición, que constituye el engrane de unión entre el derecho interno y derecho internacional, expresamente estipuló que todo tratado internacional que pretendiera introducirse en nuestro *corpus iuris* debería necesariamente cumplir con el requisito de congruencia y respeto al mismo a fin de no introducir instituciones y disposiciones dislocadoras de nuestro orden jurídico que, además, por si fuera poco, se caracterizarían por ser "*Ley Suprema de toda la Unión*" y, por ende, de no acatar el requisito en cuestión, se constituirían en, y provocarían, un galimatías dentro de nuestro orden jurídico.

A su vez el artículo 133 de la Constitución se relaciona con el artículo 15 del mismo ordenamiento, los cuales, establecen el mínimo con el que debe contar una convención internacional para cumplir con el requisito de validez, especialmente aquellas que tienen incidencia sobre los derechos del hombre.

### III. La Cláusula Calvo

#### A. Orígenes y Propósito

La Doctrina Calvo encuentra su *leitmotif* en la frontal colisión entre dos corrientes de principios opuestos y generalizados del Derecho Internacional Público. La pri-

90 Herrera y Lasso. *Manuel. Puntos de Vista Preliminares sobre el Tratado*. En Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. México, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 187 y 188 (Citado por Patiño. *Ob. Cit.*, p. 1186).

91 *Id.*, p. 1188.

mera<sup>92</sup> de estas corrientes la representa el principio comúnmente referido en el argot legal internacional como la **Fórmula de Vattel** o la **Fórmula Vatteliana**, cuya denominación encuentra su origen en los escritos de Emmeric de Vattel,<sup>93</sup> y que sostiene que un daño a un extranjero constituye en verdad un daño al Estado de dicho individuo y, por ende, se justifica el que el Estado del individuo victimado tome medidas para obtener indemnización o compensación por los daños causados por el agravio; en otras palabras, la vilipendiada Protección Diplomática. La segunda de estas corrientes comprende principios tales como la jurisdicción exclusiva de los Estados, la no intervención y la igualdad jurídica de los Estados.

#### a) La Fórmula Vatteliana

La Fórmula Vatteliana nace durante la segunda mitad del siglo XIX. Desde entonces los Estados poderosos se han manifestado en favor de dicha doctrina sosteniendo que era su deber el asegurar y extender a sus ciudadanos la protección del derecho internacional dondequiera que éstos se hallen. Dichos Estados argüían que la protección diplomática era necesaria para asegurar un continuo crecimiento del comercio e intercambio internacional. Sin esta protección, los riesgos inherentes a las inversiones extranjeras tendrían como consecuencia el inhibir relaciones comerciales que son mutuamente beneficiosas para los países involucrados.<sup>94</sup>

Esta filosofía continúa explicando que a pesar de que al entrar a un Estado los extranjeros quedan sujetos a la supremacía territorial de dicho Estado, permanecen protegidos por su Estado originario. Como resultado de una regla universal consuetudinaria del derecho internacional todo Estado tiene derecho a proteger a sus nacionales en el extranjero, y a dicho derecho corresponde la obligación a cargo de todo Estado de otorgar a los extranjeros en su territorio un trato acorde con ciertas reglas y principios.<sup>95</sup>

Cuando un extranjero se traslada a otro país ya sea para residir y/o invertir en él, queda inmediatamente sujeto a un conflicto de jurisdicciones, o más bien, queda sujeto a una doble jurisdicción en virtud de que de conformidad con el principio *quidquid est in territorio est etiam de territorio*<sup>96</sup> al momento en que el extranjero cruza la frontera de un Estado, queda inmediatamente sujeto a la supremacía territorial y jurisdicción exclusiva de dicho estado.<sup>97</sup> Pero, por otro lado, el Estado de nacionalidad de

92. Shea, Donald R. *The Calvo Clause. A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955, p. 11.

93. De Vattel, Emmeric. *The Law of Nations*, Book II, Chapter VI, texto de 1758, "Classics of International Law" ed., III, p. 136. Citado por Shea, *Ob. Cit.*, p. 11.

94. Shea, *Ob. Cit.*, p. 11.

95. Oppenheim, Lassa Francis Lawrence. *International Law. A Treatise*. Longman's, Green and Co. London/New York/Toronto, Eighth Edition by Hersch Lauterpacht, 1955, p. 686.

96. Oppenheim. *Loc. Cit.*, p. 287.

97. Lo anterior se puede constatar en el artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que "Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio".

dicho extranjero mantiene su derecho a proteger bajo sus leyes al extranjero en cuestión ya que el derecho internacional público dispone que mientras que el extranjero está sujeto a la jurisdicción territorial del Estado anfitrión, a su vez está sujeto a la jurisdicción personal de su Estado de origen. Ergo, los extranjeros quedan protegidos por su estado originario.<sup>98</sup>

El derecho de las naciones no evita que un Estado ejerza jurisdicción<sup>99</sup> sobre sujetos que estén viajando o residiendo en el exterior ya que permanecen bajo su supremacía personal.<sup>100</sup>

En un principio, el que un Estado protegiera a un connacional, o sea, a una persona que pertenecía jurídicamente a la población constitutiva de dicho Estado,<sup>101</sup> una persona con un nexo político y jurídico que la une a la población constitutiva de un Estado,<sup>102</sup> se basaba en el principio de *comity*,<sup>103</sup> o *comitas gentium*,<sup>104</sup> o sea que no era un derecho sino una cortesía internacional el que un Estado le permitiera a otro el proteger a un ciudadano del segundo localizado en el territorio del primero. Lo anterior posteriormente evolucionó, a través de un cuerpo creciente de precedentes, para convertirse en un derecho.<sup>105</sup> De aquí surge la institución de la Protección Diplomática bajo la premisa de que el Estado de residencia tiene la obligación de respetar el vínculo de fidelidad del extranjero para con su Estado patrio.<sup>106</sup>

Si bien un extranjero al entrar al territorio de su Estado queda sujeto a sus leyes, por un principio de derecho consuetudinario internacional generalmente aceptado, su estado de origen mantiene el derecho a proteger a sus nacionales, a dicho derecho le corresponde una obligación por parte del primero de tratar a los extranjeros localizados en su territorio de conformidad con ciertos principios de derecho internacional. Lo anterior no debe entenderse que el extranjero tiene derecho a exigir la protección de su Estado, ya que bajo la luz del derecho internacional, un Estado no tiene la

ortio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte."

98. Shea. *Loc. Cit.*, p. 4.

99. Hablamos de jurisdicción ya que el derecho internacional se habla que un Estado tiene tres tipos de jurisdicción, o jurisdicción, y son (i) Jurisdicción to Legislative, (ii) Jurisdicción to adjudicate, (iii) Jurisdicción to enforce (Schachter. *Op. Cit.*, p. 254).

100. Oppenheim. *Ob. Cit.*, p. 330.

101. Como diría el maestro Henri Basiffol al definir a la nacionalidad como "la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado". Perenzietto Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Ed. Harla, México, D.F., sexta edición, 1994, p. 32.

102. Ya que así lo definió Lerebours-Pigeonière. Perenzietto. *Loc Cit.*, p. 32.

103. Shea. *Ob. Cit.*, p. 10.

104. Las reglas de Comity. *Comitas Gentium. Convenance et Courtoisie Internationale o Staatsengunst* son reglas de cortesía de conveniencia de buena voluntad, de buena vecindad, observadas por los Estados en su convivencia habitual sin estar vinculados por ellas. Dichas reglas no son ley, no son derecho, sino reglas de Comity (Oppenheim. *Locus citatus*, p. 34, y Brownlie. *Ian. Principles of Public International Law*. Clarendon Press, Oxford, Fourth edition, 1990, pp. 29-30).

105. Shea. *Op. Cit.*, p. 10.

106. Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Ed. Aguilar, Madrid, sexta edición, 1980, p. 348.

obligación de otorgar dicha protección, sino que es más bien un derecho a cargo de dicho Estado que de ninguna forma constituye un derecho a cargo del particular, que con mucha frecuencia le es negado por razones políticas.<sup>107</sup>

#### b) Los Derechos Fundamentales de los Estados

La segunda corriente está representada por los principios de No Intervención, Soberanía Nacional, Igualdad de los Estados, Jurisdicción Territorial y Agotamiento Previo de los Recursos Locales.

La soberanía y la igualdad de los Estados constituyen la base de doctrina constitucional del derecho de las naciones.<sup>108</sup> Los corolarios principales de dichos principios son:

- a) Jurisdicción exclusiva sobre el territorio y la población que habita en el mismo.
- b) El deber de no intervenir en el ámbito de la jurisdicción exclusiva de los Estados.
- c) El cumplimiento de las obligaciones que surjan del derecho consuetudinario y los tratados.

Estos conceptos no son meramente pensamientos abstractos o doctrinales del derecho internacional, sino que constituyen algunos de los denominados **derechos Fundamentales de los Estados**.

En el derecho de las naciones se habla de ciertos derechos que los Estados tienen inmediatamente por su calidad de sujetos de derecho internacional, los cuales no dependen de la existencia de otros supuestos, como es el caso de los demás derechos no catalogados como fundamentales, sino que son aquellos que se derivan del mero *status* de existencia como un miembro de la comunidad internacional, o como algunos cultores del derecho de las naciones dicen, se derivan "simply as international persons", sin los cuales una coexistencia internacional pacífica sería imposible.<sup>109</sup> La supresión de dichos derechos equivaldría a la supresión del propio derecho internacional.<sup>110</sup> Para poder entender la naturaleza, importancia y trascendencia de estos derechos fundamentales de los Estados, hay doctrinarios<sup>111</sup> que hacen un parangón de los mismos con los Derechos Humanos explicando que de la misma forma en que los derechos humanos son aquellos derechos inherentes e inalienables de la persona humana esenciales para su felicidad, y sin los cuales su existencia sería imposible, los

107 Oppenheim. *Op. Cit.*, pp. 686-687.

108 Brownlie. *Loc. Cit.*, p. 287.

109 Verdross. *Op. Cit.*, p. 208.

110 *Idem*.

111 Confere Carlos Arellano García (*Derecho Internacional Público*, 2a ed. Porrúa, México, 1976, pp. 443-480) quien tocando el controvertido tema de los Derechos Fundamentales de los Estados cita las opiniones de diversos estudiosos del derecho internacional para que el lector entienda la naturaleza y alcance de dicha discusión doctrinal.

sujetos de derecho internacional por el simple hecho de existir cuentan con derechos similares necesarios para su mutua y pacífica coexistencia en el concierto de las naciones.

Algunos ejemplos de los anteriores derechos lo constituyen: la independencia política,<sup>112</sup> la supremacía territorial,<sup>113</sup> No Intervención,<sup>114</sup> el honor de los demás Estados, *inter alia*.<sup>115</sup> Todos los anteriores se traducen en la obligación a cargo de los Estados de no intervenir en la esfera de acción de los demás. En este respecto el derecho internacional impone a los Estados obligaciones de *non facere*, y no obligaciones de *facere*.<sup>116</sup>

Dichos principios son de un calibre tal que se han plasmado en instrumentos internacionales de gran importancia como lo son la Carta de las Naciones Unidas,<sup>117</sup> y la Carta de la Organización de Estados Americanos.<sup>118</sup>

A su vez, los principios anteriores fueron tomados en cuenta en el Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes de los Estados de la Comisión de Derecho In-

112 Por la independencia política se entiende la facultad de los Estados de decidir con autonomía acerca de sus asuntos internos y externos en el marco del derecho internacional (Verdross. *Locus citatus*, p. 210).

113 El principio de la supremacía territorial ha sido reconocido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (en el caso Lotus, "La limitación primordial que impone el derecho internacional a l'Etat est celle d'exclure... tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale... elle ne peut être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive dérivant du droit international coutumier ou d'une convention.") y la Corte Internacional de Justicia (en el litigio relativo al navegación por el Estrecho de Corfú, Resolución, 1949, p. 35: "Entre Etats indépendants le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux").

114 La Intervención, es la intromisión dictatorial de un Estado en las actividades de otro para mantener o alterar una situación actual de las cosas (Oppenheim. *Loc. Cit.*, 305). Es una injerencia ilícita en los asuntos internos o externos de un Estado por Estado diverso, el acto por el cual un Estado se inmiscuye en los asuntos internos o externos de otro para exigir la ejecución o la no ejecución de un hecho determinado (Arellano. *Op. Cit.*, p. 465). El deber de todo Estado de abstenerse de realizar cualquier acto que viole la independencia, territorio o supremacía personal de otro Estado, o cualquier acto que constituya una injerencia en las actividades de otro Estado, es correlativo al derecho poseído por otros Estados (Oppenheim. *Op. Cit.*, p. 288). Por el simple y sencillo hecho de que un Estado es miembro de la comunidad internacional, restringe su libertad de actuar en relación con otros Estados en virtud de que no puede intervenir en las actividades de otros Estados (Oppenheim. *Op. Cit.*, p. 289). La jurisprudencia internacional ha calificado duramente a la intervención, la Corte Internacional de Justicia (9 de abril de 1949) en el caso Corfú expresó: "El pretendido derecho de intervención no es más que la manifestación de una política de fuerza; política que en el pasado ha dado lugar a los más graves abusos y que, sean cuales sean las actitudes deficientes de la organización internacional, no puede admitir el derecho internacional". "No hay duda alguna en que la intervención está prohibida por el derecho de las Naciones (Oppenheim. *Id.*, p. 305). Del colario de independencia e igualdad de los Estados se deriva el deber de las Naciones de abstenerse de intervenir en las actividades de otros Estados (Brownlie. *Locus citatus*, p. 291). En la Declaración de México se reiteró el principio de no intervención al establecer que "La comunidad americana mantiene los siguientes principios esenciales como normativos de las relaciones entre los Estados que la componen: ... Cada Estado es libre y soberano y ninguno podrá intervenir en los asuntos internos o externos de otro" (Arellano. *Op. Cit.*, p. 462).

115 Ya que la desindización de cuales derechos son fundamentales de los Estados, y cuáles no lo son continúa siendo un tópico discutido en la arena legal internacional.

116 Verdross. *Op. Cit.*, p. 209.

117 Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y que entró en vigor el 24 de octubre de 1945. Vid. artículos 1.2 (que trata lo referente a los principios de igualdad y libre determinación de los pueblos); 2.1 (que menciona al principio de igualdad); 2.4 (al mencionar el principio de independencia política); y 2.7 (al tocar el principio de jurisdicción interna de los Estados).

118 Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948, y que entró en vigor el 13 de diciembre de 1951. Confere artículos 1.º (que habla sobre independencia de los Estados); 5.º b (que trata acerca del respeto a la soberanía e independencia de las naciones); 7.º (que versa sobre el respeto a los derechos de los Estados); 9.º (que abarca los conceptos de independencia y jurisdicción de las naciones); 12.º (que toca lo referente a jurisdicción); y 15.º (que habla sobre intervención).

ternacional de las Naciones Unidas, de 1947,<sup>119</sup> la Resolución 375(IV) de 6 de diciembre de 1949, sobre Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad, la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>120</sup> y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.<sup>121</sup>

Para poder aquilatar el peso de los principios enunciados en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,<sup>122</sup> basta repetir algunos de los renglones incluidos en las Disposiciones Generales al final de la misma:

*Los principios de la Carta [de las Naciones Unidas] incorporados en la presente Declaración constituyen principios básicos de derecho internacional y, por consiguiente, insita a todos los Estados a que se guíen por esos principios en su comportamiento internacional y a que desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base del estricto cumplimiento de esos principios.*

Para los propósitos de este estudio nos interesan de forma especial los principios de No Intervención, Agotamiento Previo de los Recursos Locales y Jurisdicción Exclusiva de los Estados.

El principio de **No Intervención** rechaza la injerencia de otros Estados en los asuntos internos o externos del Estado que repudia ese inmiscuirse en sus asuntos.<sup>123</sup> Dicho principio es calificado por Rousseau como un principio rector de las relaciones internacionales "según el cual todo Estado debe evitar inmiscuirse en los asuntos internos de los demás, ya que teniendo, como tiene, su propia zona de competencia, ha de abstenerse de actuar fuera de ella. Es un deber que se impone al Estado en el ejercicio de sus competencias".<sup>124</sup>

De conformidad con el principio de **Independencia** los Estados deben respetar su independencia política y su ordenación interna. Por independencia política se debe entender la facultad de los Estados de decidir con autonomía acerca de sus asuntos internos y externos en el marco del Derecho Internacional. De esta explicación se pueden derivar dos aspectos distintos: uno que se relaciona con la libertad del Estado para

119 Ver artículos 10. (Independencia); 20. (Jurisdicción); 30. (Abstención de Intervención); 50. (Igualdad Jurídica).

120 *Vid. inter alia*, el principio de libre determinación, el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, el principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados.

121 Adoptada en la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, del 12 de diciembre de 1974. *Cfr.* los principios contenidos en el capítulo I dentro de los cuales se incluyen el principio de no intervención, el principio de igualdad, y el de libre determinación de los pueblos, entre otros.

122 Adoptada por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, del 24 de octubre de 1970.

123 Arellano. *Op. Cit.*, p. 461.

124 Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público*. Citado por Arellano. *Op. Cit.*, p. 461.

el manejo de sus asuntos internos, otro libertad dentro de las relaciones mantiene con los otros Estados.<sup>125</sup>

Acercas de la regla de **Agotamiento Previo de los Recursos Locales**, la Corte Internacional de Justicia<sup>126</sup> ha declarado que: "La Regla de que los recursos locales deben agotarse antes de poder establecerse procedimientos internacionales, es una regla de derecho internacional consuetudinario bien establecida".<sup>127</sup> El principio de que un tribunal internacional no conocerá de una acción de no haberse seguido previamente todos los recursos internos del Estado en cuestión, es un principio "ampliamente reconocido por el derecho internacional".<sup>128</sup>

El fundamento de esta regla es el respeto por la soberanía y jurisdicción del Estado que es competente para tratar la cuestión ante sus propios órganos judiciales.<sup>129</sup> El motivo principal de la existencia de esta regla descansa en el respeto debido a la jurisdicción soberana de los Estados, de acuerdo con la cual los nacionales y los extrajeros tienen que actuar. Esta armonía, este respeto por la soberanía de los Estados, se logra dando prioridad a la jurisdicción de los tribunales locales del Estado en el caso de los extranjeros.<sup>130</sup> La razón de ser del "Local Remedies Rule"<sup>131</sup> es el darle una oportunidad al Estado responsable para remediar el mal hecho en su jurisdicción interna antes de elevar la acción en cuestión a un plano internacional.<sup>132</sup> De no respetarse dicho principio el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existiría ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpondría inmediatamente la influencia política del Estado de su nacionalidad al surgir la más leve dificultad con otro gobierno. Una prematura intervención diplomática de esta clase constituiría una afrenta a la independencia del soberano local y a la autoridad de sus leyes y tribunales, por sobre todas las personas sometidas a aquél.<sup>133</sup>

### c) La Doctrina Calvo

La Doctrina Calvo se fundamenta en dos principios vertebrales que son los siguientes:<sup>134</sup>

125 Arellano García. *Loc. Cit.*, p. 457.

126 Caso *Interhandel* (Objeciones Preliminares) (1959) ICJ reports, at 27.

127 Sorensen, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Ed. FCE, México, 1994, p. 551.

128 Oppenheim. *Loc. Cit.*, p. 361.

129 Sorensen. *Op. Cit.*, p. 553.

130 Juez Córdoba, citado por Sorensen. *Obra Citada*, p. 553.

131 La Regla de Agotamiento Previo de los Recursos Locales rige las quejas formuladas por los Estados en ejercicio de su derecho de conceder protección diplomática en favor de sus nacionales. Dicha regla no es aplicable a las quejas basadas en una violación directa del derecho internacional que cause perjuicio inmediato a otro Estado, y cuando dicho Estado no reclama por el dño causado a uno de sus nacionales (Sorensen. *Loc. Cit.*, p. 551).

132 Henkin *et al.* *Op. Cit.*, p. 693.

133 Sorensen. *Ob. Cit.*, p. 553.

134 Shea. *Loc. Cit.*, p. 19.

1) Los Estados soberanos, estando libres y siendo independientes e iguales entre sí, gozan del derecho de estar libres de toda interferencia de cualquier tipo por parte de otros Estados, ya sea diplomática o por la fuerza; y

2) Los extranjeros no pueden ser titulares de más derechos y/o privilegios o prerrogativas que aquellas concedidas a los nacionales y, por lo mismo, no pueden accionarse más que en tribunales locales y ante autoridades del mismo tipo.

Esta tesis surge como contraargumento a la intención de querer imponer en los Estados americanos la obligación de otorgar un mejor trato y mayores privilegios a los extranjeros que a los nacionales del Estado huésped. Como lo ha afirmado el maestro Carlos Calvo, lo anterior sería intrínsecamente contrario al principio de igualdad de las naciones.<sup>135</sup> La responsabilidad de los gobiernos hacia los extranjeros no puede ser mayor que aquella que tiene dicho Estado para con sus propios nacionales.<sup>136</sup> La equiparación de los extranjeros a los nacionales constituye el máximo jurídico internacional de los derechos extranjeros.<sup>137</sup> El aceptar la intención de querer imponer a un Estado un trato mejor y con mayores prerrogativas a los extranjeros sería contrario a uno de los elementos esenciales del concepto de independencia de las naciones, el de jurisdicción territorial,<sup>138</sup> o sea que son competentes de conocer de los asuntos y problemas que sucedan dentro de su jurisdicción **exclusivamente** los tribunales locales, y no los tribunales de otros Estados.

Antes de la implementación de la Doctrina y Cláusula Calvo los inversionistas extranjeros gozaban de un *status* relativamente privilegiado en relación con los nacionales. En lugar de presentar sus demandas ante tribunales locales, de acuerdo con la ley local, aquéllos invocaban la protección diplomática de sus gobiernos para asegurar reclamaciones en contra del gobierno local.<sup>139</sup>

Si bien la institución de la protección diplomática surgió con base en un problema legítimo, y para remediar una situación que en su momento pudo haber sido considerada injusta para los inversionistas extranjeros, al verse éstos despojados de sus bienes injustificadamente sin medios efectivos para exigir que se les haga justicia, es irrefutable el hecho que inmediatamente degeneró y fue abusada por los Estados poderosos al ser empleada como un instrumento político en lugar de cumplir el cometido que dio a luz dicha institución. Los ejemplos acerca de lo anterior son vastos (es-

135 En *Le droit international théorique et pratique*. Quinta ed., París, 1986. Citado por Shea, *Op. Cit.*, p. 18 (La traducción es nuestra).

136 *Id.* (la traducción es nuestra).

137 Verdross, *Op. Cit.*, p. 342.

138 Esto sin olvidar que sería violatorio del principio y Garantía de Igualdad, tema al cual de momento dejaremos a un lado, por haber sido ampliamente estudiado en la Sección II de este trabajo.

139 Bercau, Christopher C., *¿Y TU, MÉXICO? El ahánalo de la doctrina Calvo como obisáculo a la resolución de controversias entre inversionistas extranjeros y los países latinoamericanos*. Escuela Libre de Derecho, Estudios Jurídicos con motivo del 80o. Aniversario, Sociedad de Alumnos 1993, p. 40.

pecialmente en la historia de México),<sup>140</sup> y no abundaremos acerca de los mismos por rebasar el propósito del presente estudio, pero lo que debe quedar bien claro es que la institución de la Protección Diplomática fue abusada y empleada como instrumento de manipulación con fines más políticos que ideales de justicia ya que al no ser un derecho a cargo del extranjero que éste pudiera exigir de su Estado originario, sino un derecho del Estado del nacional agraviado, la mencionada protección fue selectiva y convenientemente empleada para lograr otras metas.

Como respuesta a los abusos explicados, la Cláusula Calvo defendió un principio de trato igual a extranjeros y nacionales, bajo el cual los inversionistas extranjeros no tenían derecho a una mayor protección que la conferida a los nacionales del país receptor. "*Admitir una protección más extensa ... sería establecer un privilegio excesivo que favorece esencialmente a los Estados más poderosos y que sería contrario a los intereses de los países más débiles.*"<sup>141</sup>

Los países latinoamericanos, con temor de que la institución de la protección diplomática continuara siendo utilizada como una excusa o herramienta de presión económica o imperialista, se vieron en la necesidad de crear una serie de mecanismos legales para evitar el que el extranjero acuda a su Estado de origen para obtener protección diplomática. Esta necesidad dio a luz a una serie de medios y esquemas legales para evitar el que el extranjero acuda a su Estado de origen en búsqueda de la protección diplomática, de las cuales la más ingeniosas y exitosas fue la doctrina que toma el nombre de su padre, Carlos Calvo.<sup>142</sup> La Doctrina Calvo, que se cristaliza en la famosa Cláusula Calvo, no es más que una renuncia por parte del extranjero a acudir a su Estado de origen en búsqueda de protección diplomática, y a comprometerse que en caso de cualquier controversia se limitaría a ejercer los derechos de acción contemplados en el Estado huésped.

Habiendo entendido el porqué de la irreductible oposición entre los anteriores dos principios, los cuales llevaban consigo un enorme bagaje de intereses tanto económicos como políticos, podemos comprender el éxito que tuvo la Doctrina Calvo. Cabe mencionar que esta contraposición fue efectivamente solucionada en países de Asia y del medio Oriente a través de tratados por medio de los cuales se removería de la jurisdicción interna del Estado de residencia al extranjero para quedar sujeto a la jurisdicción de su Estado de origen; desafortunadamente esta solución no encontró cabida en países de América Latina.<sup>143</sup>

140 En caso de querer consultar ejemplos históricos de lo anterior, se recomienda acudir a Shea, *Locus citatus*, pp. 11 a 16 y 121 a 257. A su vez, para una narración interesante acerca de la inversión extranjera y su injerencia en la historia de México, confiere Torres Landa Ruffo, Juan Francisco, *The Changing Times: Foreign Investment in Mexico*. Journal of International Law and Politics, New York University, Volume 23, No. 3, Spring, 1991, p. 801.

141 Roffe, Pedro, "*Calvo y su vigencia en América Latina*", en Revista de Derecho Industrial, Vol. 6 No. 17, Argentina, Mayo-Agosto 1984, p. 255. Citado por Bercau, *Op. Cit.*, pp. 40-41.

142 Diplomático y iuspublicista argentino (1822-1906) que publicó un tratado de *Derecho Internacional Teórico y Práctico* en 1868.

143 Algunos autores consideran que la razón por la que el principio de extraterritorialidad no tuvo la aceptación con la que contó en otros hemisferios del orbe fue (i) por lo delicado que es el tema de soberanía en los países de América Latina; y (ii) por la ventaja en la posición de negociación de dichos países al adherirse a la Doctrina Monroe (Shea *Op. Cit.*, p. 5).

En América Latina, la protección a los intereses de los extranjeros se ejerció a través de procesos e instituciones que posteriormente cobraron el nombre de "Protección Diplomática". Por virtud de la Protección Diplomática si a un extranjero se le causaba un daño en su persona o en su patrimonio, y si después de agotados los medios y recursos legales provistos en derecho interno, se le había negado justicia (a lo cual en la jerga del derecho internacional público se le conoce como "denial of justice").<sup>144</sup> dicho individuo agraviado podría acudir a su Estado de origen en búsqueda de la justicia que se le había denegado.

### B. Discusión Acerca de la Validez de la Cláusula Calvo

Como es de imaginarse, en virtud de los intereses involucrados en la oposición anteriormente explicada, la validez jurídica de la cláusula por virtud de la cual un extranjero renunciaba a la posibilidad de acudir a su Estado de origen en búsqueda de protección diplomática, y a comprometerse a ventilar en tribunales nacionales cualquier controversia que se le presentara, fue inmediatamente cuestionada y rebatida en la doctrina internacional.<sup>145</sup> Los iuspublicistas provenientes de Estados exportadores de capital eran los más tenaces opositores del querer concederle la más mínima validez a la Cláusula Calvo,<sup>146</sup> mientras que los doctrinarios originarios de países en desarrollo se constituían como los paladines más entusiastas de la validez de dicha Cláusula.<sup>147</sup>

Algunos de los argumentos más importantes esgrimidos por los estudiosos del derecho de las naciones en la contienda intelectual concerniente a la validez de la Cláusula Calvo han sido los siguientes:

#### a) Argumentos en Contra

1) Un particular no puede renunciar al derecho o privilegio de su gobierno de proteger a sus ciudadanos en el extranjero y hacer que la dignidad del Estado no sufra lesión alguna debido a la violencia practicada en contra de su nacional.<sup>148</sup> La práctica del Derecho Internacional nos hace ver que la intervención diplomática es un derecho del Estado y no de la persona agraviada<sup>149</sup> y, por lo mismo, dicho individuo no

144 La mejor guía para definir o entender el término "Denial of Justice" lo aporta el Artículo 9 del "Harvard Research draft" que lo explica como: "A State is responsible if an injury to an alien results from a denial of justice. Denial of justice exists when there is a denial, unwarranted delay or obstruction of access to courts, gross deficiency in the administration of judicial or remedial process, failure to provide those guarantees which are generally considered indispensable to the proper administration of justice, or a manifest unjust judgment. An error of a national court which does not produce manifest injustice is not a denial of justice" (Brownlie, *Loc. Cit.*, p. 529).

145 Dicha contienda fue conocida y tomada en cuenta por nuestro constituyente, al momento de ventilar y sopesar la inclusión de la Cláusula Calvo en nuestra Carta Magna. Véase la 6.ª sesión ordinaria celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917 del Diario de Debates del Congreso Constituyente de Querétaro de 1916.

146 Por ejemplo *Confere Vedross. Ob. Cit.*, p. 252.

147 *Arellano Loc. Cit.*, pp. 400-406; y *Sepúlveda, César. Derecho Internacional Público*. Ed. Porrúa, México, D.F., 15ª edición, 1988, p. 252.

148 *Sorensen. Op. Cit.*, p. 558.

149 *Root en Hackworth, Digest*, Vol. V, p. 636. Citado por *Sorensen Ob. Cit.*, p. 558.

puede renunciar a un derecho del cual no es titular, de ahí que un doctrinario califique a la Cláusula Calvo como una "... *usurpación impertinente de prerrogativas soberanas de otro Estado*..."<sup>150</sup>

2) Ante el argumento de que no pueden concedérsele más derechos al extranjero que al nacional, los doctrinarios europeos y estadounidenses han esgrimido la Doctrina de las Condiciones Mínimas ("Minimum Standards Doctrine") que sustenta que si las condiciones mínimas que exige el derecho internacional no son veladas por el derecho interno de un Estado particular que merecen, existe una justificación válida para que se dé la protección diplomática para garantizar la justicia que merecen los extranjeros.<sup>151</sup>

3) A su vez, se argumenta que lo anterior no constituye una posición privilegiada de los extranjeros en virtud de que los nacionales tienen a su disposición los recursos políticos locales para combatir actos de autoridad injustos, y dichos recursos o procesos políticos les están vedados a los extranjeros.<sup>152</sup>

4) Según los principios generales del derecho internacional, la igualdad no es el principio rector en las relaciones entre nacionales y extranjeros, por lo tanto no es válido el tratar de cristalizar el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros mediante el uso de la Cláusula Calvo.<sup>153</sup>

5) Diversos iuspublicistas del Derecho Internacional Público sostienen que siendo un extranjero parte constitutiva de uno de los elementos de los Estados, un daño a dicho individuo resultaba, a su vez, un daño a su Estado (de la misma manera en que el dañar un elemento constituye ulteriormente un daño a su conjunto general), por lo que se justifica que el Estado dañado o agraviado cuente con derechos y recursos para solicitar la indemnización de dicho daño (la Fórmula de Vattel).

6) Los límites a la Protección Diplomática y la responsabilidad de los Estados por daño a extranjeros son fijados por el derecho internacional y no por las Constituciones locales. Por lo que todo intento de tratar de deslindarse de responsabilidad a través de su derecho local, constituye un intento fútil que el derecho internacional público no puede acoger.

#### b) Argumentos a Favor

1) La renuncia que hace el extranjero con la Cláusula Calvo no es al derecho de Protección Diplomática poseída por el Estado de su nacionalidad, sino a su propia

150 "The Calvo Clause which purports to accomplish this waiver of a right of the state by an unaccredited agent is actually... an impertinent usurpation of the sovereign prerogatives of another state..." Freeman, *Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the challenge to International Law*. American Journal of International Law XL (January 1946), p. 132.

151 *Shea. Op. Cit.*, pp. 112-113.

152 *Bullington*, citado por *Shea. Ob. Cit.*, p. 113.

153 *Shea. Op. Cit.*, p. 113.

facultad para pedir el ejercicio de dicho derecho a su favor.<sup>154</sup> (Este es el contra-argumento de la crítica principal que se le hace a la Cláusula Calvo, véase *supra*, inciso 1 de los argumentos en contra).

2) La Doctrina de las Condiciones Mínimas que exige el derecho internacional encuentra su límite en el principio de soberanía de los Estados y la jurisdicción exclusiva de los mismos,<sup>155</sup> ya que los recursos y medios legales con los que cuentan están fijados por el derecho local y no por el derecho internacional.

3) El medio con el que cuentan los nacionales para protegerse en contra de los actos de autoridad es el juicio de amparo el cual también está a disposición de los extranjeros para protegerse de los actos de autoridad injustos o inconstitucionales.

4) Si al extranjero le corresponde un trato igual que aquel otorgado a los nacionales de dicho Estado, no tiene derecho a demandar más. Por lo tanto, al renunciar contractualmente al privilegio de la protección diplomática lo que se logra es que se formaliza contractualmente la regla de igualdad entre los nacionales y extranjeros.<sup>156</sup>

El sostener que en virtud de que la igualdad no es el principio rector en las relaciones entre nacionales y extranjeros, no es válido tratar de cristalizar a través de la Cláusula Calvo dicho principio, no es más que malentender el concepto que entraña ya que históricamente los nacionales han tenido un trato preferente *vis-à-vis* al otorgado a los extranjeros,<sup>157</sup> por lo cual a lo máximo a que pueden aspirar los extranjeros es a un trato igual al de los nacionales. **NO superior**, de lo contrario se violaría el principio y Garantía de Igualdad contemplado en el artículo primero de la Constitución Federal Mexicana.

5) No existe razón lógica o jurídica para no exigir del individuo que cumpla con su promesa contractual de no accionarse o buscar compensación por cualquier otro recurso o medio que no sea a través de los recursos locales. Además, el individuo no hubiera celebrado la promesa contractual que se cristaliza en la Cláusula Calvo si no es porque existía una expectativa posterior de recibir una atractiva retribución a pesar del "sacrificio" hecho al consentir la Cláusula Calvo.

<sup>154</sup> Sorensen. *Ob. Cit.*, p. 558.

<sup>155</sup> El principio de Jurisdicción Exclusiva del País Receptor significa que para recurrir a la protección diplomática sólo es aceptable si después de haber agotado todos los recursos judiciales y administrativos del país receptor, el extranjero ha sufrido denegación de justicia (Roffe, *Ob. Cit.*, p. 398).

<sup>156</sup> Shea. *Op. Cit.*, p. 107.

<sup>157</sup> Véase el tema de la Condición Jurídica del Extranjero en México, el cual se estudia dentro de la Cátedra del Derecho Internacional Privado, y dentro de la cual una parte importante de la misma concierne las limitantes Constitucionales y legales a las que está sujeto el extranjero en México.

6) A pesar de que los límites de la Protección Diplomática y la responsabilidad de los Estados esté fijada por el derecho internacional público, este último no puede contrariar lo dispuesto por las Constituciones de los Estados.

7) Si un individuo puede romper sus relaciones con el Estado del cual es nacional y expatriarse, por mayoría de razón, puede renunciar a la Protección Diplomática de forma contractual,<sup>158</sup> en razón de un principio general de la lógica jurídica que dicta que el que puede lo más, puede lo menos (Este argumento fue aceptado por el Comisionado van Vollenhoven en el caso *North American Dredging Company for Texas*).

8) La Cláusula Calvo confirma la regla de derecho internacional que requiere que los recursos locales sean agotados y que exista "*denial of justice*" antes de que se entable una demanda internacional.<sup>159</sup>

9) El maestro Sepúlveda opina que los autores que impugnan la validez de la Cláusula Calvo olvidan que las reclamaciones internacionales tienen también un carácter privado, y que los particulares pueden disponer de sus pretensiones. Además, tales reclamaciones no pueden ser presentadas sin la aprobación del individuo reclamante. Una reclamación internacional a otro Estado por daño a extranjero no puede tomarse independientemente de los deseos del reclamante. Porello, la promesa contenida en la Cláusula Calvo es perfectamente válida.<sup>160</sup>

Dicho lo anterior, resulta interesante mencionar el razonamiento seguido en el caso más importante<sup>161</sup> que ha existido en cuanto a lo que la Cláusula Calvo se refiere, el "*United States-Mexican General Claims Commission in the case of the United States (North American Dredging Company of Texas) v. the United Mexican States*, (en lo sucesivo el caso "*Dredging*").<sup>162</sup> En este caso, la comisión decidió que la Cláusula Calvo era legal.<sup>163</sup> Dicha comisión, reconociendo las inconsistencias, contradicciones, y confusiones que había caracterizado a las anteriores decisiones<sup>164</sup> que lidaban con la Cláusula Calvo, consideró necesario volver a examinar el asunto *de novo*, y no hizo referencia alguna a laudos arbitrales anteriores que trataban a la mencionada Cláusula.<sup>165</sup> Este caso constituye la primera ocasión en que una comisión trataba con

<sup>158</sup> Alfonso García Robles citado por Shea. *Loc. Cit.*, p. 111.

<sup>159</sup> *The Law of the Nations*, Cases, Documents and Notes (2nd ed., New York, 1952), pp. 648-649. Citado por Shea. *Locus citatus*, p. 116.

<sup>160</sup> Sepúlveda, *Ob. Cit.*, p. 248.

<sup>161</sup> Ya que acerca de la autoridad de este caso, diversos gobiernos lo han calificado como "buen derecho", especialmente el Reino Unido. *Cfr.* Sorensen. *Loc. Cit.*, p. 360.

<sup>162</sup> El cual es una decisión unánime de la Comisión Mexicano-Estadounidense redactada por el profesor Van Vollenhoven. (1926) (4 RIAA, 26). Citada en Sorensen. *Op. Cit.*, p. 560.

<sup>163</sup> Shea. *Ob. Cit.*, p. 205.

<sup>164</sup> Ya que si bien las Cláusulas Calvo habían sido discutidas y estudiadas por diversos tribunales internacionales con resultados muy diversos (Oppenheim. *Ob. Cit.*, pp. 344-345) y no obstante que su discusión doctrinal permanecía inconclusa, no se podía negar que los laudos arbitrales habían sostenido constantemente la validez de la Cláusula Calvo (Sorensen. *Op. Cit.*, 559).

<sup>165</sup> Borchard. *Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico*. American Journal of International Law, XX, julio de 1926, p. 538. Citado por Shea. *Obra Citada*, p. 197.



amplitud el tema de la validez de la Cláusula Calvo, y la validez de la renuncia hecha en dichos contratos.<sup>166</sup>

Esta Comisión determinó que la fuerza legal o el "Rule of Law" de la Cláusula Calvo es la siguiente: Concluyó que la Cláusula Calvo es obligatoria para el individuo que celebró el contrato y, por ello, le precluye el presentar una petición a su gobierno en lo concerniente con cualquier queja relacionada con el contrato; pero no obliga al Estado del individuo en cuanto a que no prevendría el que su gobierno entable una acción basada en una violación al derecho internacional.<sup>167</sup> A lo anterior se la ha denominado la Regla de la Validez Limitada ("Rule of Limited Validity") de la Cláusula Calvo.<sup>168</sup> La Comisión en el caso Dredging distinguió entre, por un lado, el derecho de un Estado a intervenir a favor de su nacional (el cual permanece intacto por la Cláusula Calvo) y, por el otro, el derecho del individuo para solicitar la protección de su gobierno (el cual es limitado por la Cláusula Calvo, excepto cuando exista una violación al derecho internacional).<sup>169</sup>

La Comisión decidió que:

1) Los derechos renunciados eran los siguientes:<sup>170</sup> El derecho a conducirse como si no existieran autoridades competentes en México; como si hubiera celebrado un contrato con un país inferior y como si los únicos recursos con los que verdaderamente contara para el cumplimiento, interpretación y ejecución del contrato fueran las acciones e instancias que proporcionaba el derecho internacional. El extranjero puede válidamente renunciar a los anteriores derechos.

2) Los derechos no comprendidos en la renuncia que implica la Cláusula Calvo son los siguientes:<sup>171</sup>

- a) Cualquier derecho que la persona posee como ciudadano de los Estados Unidos (o, en su caso, cualquier otro Estado extranjero) en relación con cualquier asunto no relacionado con el cumplimiento, interpretación y ejecución del contrato mismo.
- b) El derecho a solicitar la protección de su Gobierno en cuanto a violaciones al derecho internacional se refiere, concretamente a los actos ilícitos internacionales, ya sea que se deriven del contrato o de cualquier otra situación.

166 Dunn. *Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, p. 406. Citado por Shea. *Op. Cit.*, p. 197.

167 Shea. *Op. Cit.*, p. 218.

168 Esta interpretación ha sido ampliamente respaldada por las naciones del mundo, y es compatible con las actitudes de varias de las mismas para con la Cláusula Calvo. Shea. *Loc. Cit.*, p. 221.

169 Shea. *Op. Cit.*, p. 222.

170 *Id.*, p. 206.

171 *Idem.*

c) El derecho de su Gobierno a brindarle a dicho individuo protección en general o a la protección en contra de violaciones del derecho internacional.

Del anterior cotejo entre ambas corrientes doctrinarias puede colegirse que el tema en cuestión es uno extremadamente controvertido por lo que existen argumentos muy sólidos desde ambos puntos de vista, tanto el que le atribuye, como la que le niega validez a la Cláusula Calvo. El intentar alcanzar una solución a dicha discusión escapa el propósito del presente trabajo. Lo que resulta de gran importancia para propósitos de este estudio, y para entender el análisis general que en él se pretende abarcar es que para efectos del derecho internacional público sea o no válida la Cláusula Calvo no resta al hecho de que ha encontrado cabida en la Constitución Federal de nuestro país, y que por ende no sólo constituye derecho positivo, sino que es derecho positivo de jerarquía constitucional, razón por la cual constituye ley suprema de la unión<sup>172</sup>, y prevalece sobre cualquier ley o pacto internacional, de tal suerte que si alguna ley interna o tratado internacional contradice los principios que la misma esboza, será necesaria e irremediablemente anticonstitucional.

### c) Panorama Actual

En los últimos tiempos hemos podido presenciar una visible ausencia de la Cláusula Calvo en el foro de las disputas internacionales. Desde que terminó la labor de las Comisiones Mexicanas de Reclamaciones, en los treinta, no se ha vuelto a presentar una discusión en cuanto al alcance y validez de este dispositivo. El maestro Sepúlveda<sup>173</sup> lo atribuye a las siguientes varias razones:

a) La posguerra creó un tensión internacional que alejó la posibilidad de discutir materias menores.

b) Se han mejorado las condiciones de administración de justicia y estabilidad política de buena voluntad en el hemisferio.

c) A que por fin se le ha reconocido a la Cláusula Calvo un cierto grado de validez por los países inversionistas, y eso hace que el extranjero procure ceñirse a los términos de su convenio y conformarse en su caso con el grado de reparación que la justicia interna del país le conceda, a menos que se le cometiera una flagrante y manifiesta denegación de justicia.

d) Las relaciones entre el empresario extranjero y los gobiernos de la América Latina son mucho más armónicas que en el pasado.

172 Como así lo dispone el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

173 *Locus citatus*, pp. 249-250.

e) La opinión pública internacional repele las presionantes actitudes de la interposición diplomática, hoy en franco desprestigio.

En lo personal, y comulgando con las ideas del maestro Sepúlveda, es en opinión del autor que la ausencia de la Doctrina y Cláusula Calvo de los foros internacionales obedece a que las circunstancias que imperaban en las relaciones internacionales durante el siglo pasado y principios del actual han dejado de existir lo cual ha hecho necesario el echar mano de la Cláusula Calvo como mecanismo de defensa en contra de los abusos de otras naciones; es decir, las relaciones internacionales son, hoy por hoy, más 'maduras' por lo menos en lo que concierne a las situaciones que engendran la necesidad de utilizar la Doctrina Calvo como escudo en contra de ciertas conductas.

No obstante lo anterior, es en opinión del suscrito que la nueva práctica estatal de celebrar BIT's podrá dar lugar a la necesidad de reaquietar el contenido, alcance y actualidad de la Doctrina y Cláusula Calvo en nuestro constitucionalismo, como se detallará más adelante.

### C. La Cláusula Calvo en el Derecho Mexicano

La Cláusula Calvo ha sido definida como "*la renuncia voluntaria, por un contratante particular a recurrir a la protección diplomática de su gobierno en cualquier causa relacionada con su contrato*".<sup>174</sup>

La fracción I del Artículo 27 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos encontramos plasmada a la mentada Cláusula Calvo. Dicha fracción a la letra dice:

"I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. **El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones, la protección de sus gobiernos respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de fallar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.**"<sup>175</sup> (...)

174 F.S. Dunn. *The Protection of Nationals*. Citado por Arellano. *Loc. Cit.*, p. 251.

175 Además del precepto constitucional citado, la Cláusula Calvo, y los principios que enraña, permean a lo largo y a lo ancho de nuestro sistema jurídico, ya que la podemos encontrar varias otras leyes que regulan actividades económicas, como lo son: el artículo 2o. de la Ley Orgánica de la Fracción I del artículo 27 de la Constitución y arts. 2o. y 4o. de su Reglamento; el artículo 3o. de la abrogada Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y artículo 31 de su Reglamento; el artículo 33 de la abrogada Ley de Nacionalidad y Naturalización; el artículo 12 de la Ley de Vías Generales de Comunicación; en la Ley de Instituciones de Fianzas; en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; en el artículo 6o. de la Ley de Pesca; y el artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera.

A pesar de las múltiples reformas que el artículo 27 ha sufrido a través de los años (en 1934, 1937, 1940, 1945, 1947, 1948, 1960, 1974, 1975, 1976, 1983, 1987 y 1992)<sup>176</sup> la redacción a la segunda parte de la fracción I relativa a la Cláusula Calvo no se le ha hecho modificación alguna.<sup>177</sup>

Esta cláusula obliga a los extranjeros a renunciar al recurso de Protección Diplomática y les permite buscar reparación solamente en los tribunales del Estado receptor y al amparo de la legislación de éste.<sup>178</sup>

Dentro de la Doctrina Calvo existen tres vertientes, a saber:<sup>179</sup>

1. El Estado no otorgará a los inversionistas extranjeros un trato más favorable que aquel que corresponde a los nacionales.
2. El extranjero no invocará la Protección Diplomática de sus gobiernos respecto de la adquisición o inversión que haga en el país receptor, bajo la sanción (en caso de hacer uso de ese recurso) que el Estado receptor le imponga.
3. El extranjero deberá agotar los recursos locales al amparo de la legislación interna, sujetándose a los fallos de los tribunales y autoridades del país, sólo podrá apelar a la vía diplomática o instancias internacionales en caso de denegación de justicia (o retraso notoriamente malicioso y voluntario en su administración).

Lo anterior se resume en:

1. Tratamiento igual a nacionales y extranjeros.
2. Limitaciones al ejercicio de la Protección Diplomática.<sup>180</sup>
3. Jurisdicción exclusiva de los tribunales del país receptor.<sup>181</sup>

176 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, p. 134.

177 Martínez Béz, Antonio. *La Cláusula Calvo en el Constitucionalismo Mexicano*. En Carlos Calvo Tres Ensayos Mexicanos. Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 1974, p. 49.

178 Shibata, Ibrahim F. I. "*Hacia una Mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones*. *El Papel del CIADI y del MIGA*". Jurídica 18, 1986-1987. Universidad Iberoamericana, México, D.F., p. 234.

179 Siqueros, José Luis. *El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada*. Vana Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, D.F. Primera Edición, 1992, pp. 40-41.

180 El principio de no intervención está vigorosamente afirmado en el sistema interamericano en los siguientes preceptos: El artículo 8o. de la Convención sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada en el curso de la VII Conferencia Panamericana de Montevideo (1933); el artículo 1o. del Protocolo adicional relativo a la no intervención, adoptado con ocasión de la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, de Buenos Aires (1936); y el artículo 15 de la Carta de Bogotá (Para mayor abundamiento acerca de lo anterior se recomienda consultar a Modesto Seara Vázquez, *Deberes Internacionales Públicos*, Ed. Porrúa, México, D.F., 13a. edición 1991, p. 377).

181 Siqueros *Loc. Cit.*, p. 40. También Roffe. *Op. Cit.*, p. 357.

#### IV. La Jurisdicción Territorial y el Agotamiento Previo de los Recursos Locales

El primado universal de agotamiento previo de los recursos locales (el "exhaustion-of-local-remedies rule") se ha reputado como uno de un principio vertebral en materia de justicia internacional y una consecuencia necesaria del respeto a la soberanía de otros Estados. El contenido de este principio establece que un Estado o individuo debe ventilar cualquier reclamación que tuviere en el Estado donde la misma haya tenido su origen, y no puede entablar una reclamación internacional eludiendo los recursos locales a menos que se esté en presencia de alguna excepción que justifique dicha conducta, como lo puede ser la denegación de justicia, la inexistencia de recursos o sistema legal para dirimir dicha controversia, o el que los tribunales locales sean totalmente sumisos a la voluntad del gobierno.<sup>182</sup>

La Corte Internacional de Justicia ha señalado que la razón que justifica la existencia de este principio es que se le debe de otorgar la oportunidad al Estado en donde ha ocurrido la violación para enfrentar dicha circunstancia con sus propios medios y a través de su sistema jurídico doméstico.<sup>183</sup>

En el ámbito internacional existen diversos precedentes que han tratado el tema relativo a la jurisdicción territorial en el sentido de asentar lo que el licenciado Bernardo Sepúlveda Amor<sup>184</sup> afirma que es la regla de oro en este respecto: el principio de agotamiento previo de los recursos locales.

Existe un consenso generalizado en la doctrina y jurisprudencia que afirma que el principio de agotamiento previo de los recursos locales constituye una regla generalizada de derecho internacional,<sup>185</sup> en adición a ser una regla estipulada en los tratados internacionales celebrados por México.<sup>186</sup>

182. Vid. Schachter, *Op. Cit.*, pp. 213-214. Las excepciones citadas son meramente enunciativas y no limitativas puesto que existen otras como lo son el que la víctima tenga un vínculo transitorio con el Estado ofensor (p.e., una persona que a bordo de una aeronave esté cruzando el espacio aéreo de otro Estado al momento de ser agredido) o una persona que haya sufrido un daño en su propio país a raíz de un objeto lanzado por otro Estado (por ejemplo un objeto espacial o un misil). Más aún, la Comisión de Derecho Internacional, al ventilar este tópico, decidió no ser exhaustivo sino dejar a la práctica la solución de este tipo de casos. (International Law Commission Reports, No. 42, p. 103.)

183. "The State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system..." (Interhandel Case. ICJ Reports, 1959, p. 27).

184. Conferre, en general, Sepúlveda Amor, Bernardo, *Derecho Internacional y la Soberanía Nacional: el TLC, las Revindicaciones de la Jurisdicción Mexicana. El Papel del Derecho Internacional en América: el Replanteamiento de la Soberanía Nacional en la Era de la Integración Regional*. Conferencia Organizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y The American Society of International Law, 6 de junio de 1996, México, D.F. A su vez, Sepúlveda Amor, Bernardo, *El TLC, la Jurisdicción Mexicana*. En Revista "Este País" Tendencias y Opiniones, Número 68, noviembre de 1996, México, D.F.

185. Para abundar en torno a este tema puede acudirse a Amerasinghe, C.F., *Local Remedies in International Law*, Grotius Publications, Cambridge, 1990.

186. A guisa de ejemplo, consúltese el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981) el cual establece, en su artículo 41, c) que para conocer un asunto el comité deberá certiorarse de "que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente admitidos". Por otro lado, la Convención

La Corte Internacional de Justicia ha determinado que el principio de primacía de la jurisdicción territorial es una regla consagrada en el cuerpo de normas reconocidas como costumbre<sup>187</sup> internacional. Así las cosas, en una controversia entre Estados Unidos y Suiza (conocida como el Caso Interhandel) la Corte Internacional de Justicia en 1959 decidió que:

"La norma estipulando que los recursos locales deben ser agotados antes de que se inicien procedimientos internacionales es una norma del derecho consuetudinario internacional bien establecida; esa norma ha sido generalmente observada en casos en los cuales un Estado auspicia la causa de uno de sus nacionales que aduce que sus derechos han sido deudados por otro Estado en violación del derecho internacional. Antes de que se pueda recurrir a un tribunal internacional en un caso como éste, se ha juzgado necesario que el Estado en donde se cometió la violación pueda tener la oportunidad de repararlo por sus propios medios, dentro del marco de referencia de su propio sistema legal interno".<sup>188</sup>

Por otro lado, en el caso conocido como Ambatielos, la comisión de arbitraje creada para dirimir una controversia entre Grecia y el Reino Unido reafirmó en 1956 esta misma tesis al establecer lo siguiente:

"La regla del agotamiento de los recursos locales significa que el Estado en contra del cual se presenta una reclamación por daños sufridos por particulares tiene el derecho de resistir una reclamación de ese género si las personas que alegan haber sufrido un daño no han agotado, como primera cuestión, todos los remedios que estén a su disposición de conformidad del derecho nacional de ese Estado. El Estado acusado tiene el derecho de demandar el aprovechamiento pleno de todos los remedios locales antes de que los asuntos sujetos a controversia sean trasladados a un ámbito internacional por el Estado de la nacionalidad de las personas que alegan haber sufrido un daño".<sup>189</sup>

En este mismo sentido Eduardo Jiménez de Aréchaga señala que "...de otra manera, el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existiría ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpondría de inmediato las influencias políticas del Estado de su nacionalidad al surgir la más leve dificultad con otro gobierno. Una prematura intervención diplomática de esta clase constituiría una afrenta a la independencia del soberano local y a la competencia de sus leyes y tribunales sobre todas las personas a su autoridad".<sup>190</sup> Continúa este mismo autor del dere-

Americana sobre Derechos Humanos (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981) reitera el mismo principio para que una petición sea admitida por la comisión.

187. Para un análisis acerca de las fuentes del Derecho Internacional y la problemática que en dicho tema ocasionan las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas consúltese González de Cosío, Francisco, *Algunas Reflexiones en Torno a la Fuerza Legal de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, ARS JURIS Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana #16, 1996, p. 181.

188. Whiteman, M., *Digest of International Law*, Vol. 8, Department of State, Washington, 1971, pag. 798. Citado por Sepúlveda, *El TLC, las Revindicaciones de la Jurisdicción Mexicana...*, *Loc. Cit.*, p. 25 (Traducción del autor citado).

189. Whiteman, *Op. Cit.*, p. 802. Citado por Sepúlveda, *El TLC, las Revindicaciones de la Jurisdicción Mexicana...*, *Op. Cit.*, p. 26.

190. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, p. 347. Citado por Sepúlveda, *El TLC, las Revindicaciones de la Jurisdicción Mexicana...*, *Loc. Cit.*, p. 26.

cho internacional aseverando que la regla de agotamiento de los recursos locales exige que la reclamación se someta "no sólo a los tribunales regulares, sino también ante los órganos administrativos, y, en general, ante todas las autoridades internas que puedan proporcionar una reparación efectiva y suficiente sin deficiencias entre recursos ordinarios y extraordinarios, exceptuando sólo aquellos remedios que constituyen medidas de gracia, y cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho. Si el extranjero no promueve esos procedimientos o no apela dentro de los términos legales después de inferido el daño, no se ha esmerado lo suficiente en obtener justicia en el Estado demandado y, por lo tanto, ha perdido la posibilidad de que su caso sea invocado ante un tribunal internacional y decidido por éste".<sup>191</sup>

Comulgando con las ideas planteadas otros publicistas del derecho internacional han señalado que "sólo cuando los recursos locales han sido agotados, la justicia podría haber sido denegada de manera definitiva; la naturaleza y el alcance del daño sufrido por un extranjero y, por consecuencia, el fundamento para una reclamación internacional, no podrá ser precisado sino hasta que se hayan agotado los recursos locales; a los tribunales locales corresponde conducir los procedimientos e investigaciones iniciales de la controversia, y deberá continuarse con ese mecanismo hasta la instancia judicial más elevada".<sup>192</sup>

En este orden de ideas vale la pena mencionar que México ha sido un país renuente a aceptar una jurisdicción internacional como método para dirimir diferencias con terceros Estados o como fórmula para resolver controversias con ciudadanos privados en mérito de que históricamente la experiencia mexicana en tribunales de arbitraje no ha sido del todo positiva. Uno de los pocos éxitos para México lo fue el laudo arbitral en el caso de El Chamizal el cual tardó medio siglo en ejecutarse y cumplirse. Ello que concierne a los arbitrajes relacionados con el Fondo Piadoso de las Californias y con la Isla de la Pasión (también llamada Isla Clipperton) el resultado fue contrario a los intereses de México. A su vez, en el caso de la Isla de la Pasión existen serias dudas sobre el fundamento jurídico de la decisión del árbitro italiano, el Rey Víctor Emanuel II, en favor de Francia.<sup>193</sup>

A continuación nos permitimos referir al lector a lo mencionado en este estudio acerca de los "Derechos Fundamentales de los Estados" (sección III.A.b) con el propósito de evitar repeticiones inútiles y en razón de que lo ahí expuesto puede servir

191 Jiménez de Aréchaga, Eduardo. *Loc. Cit.*, p. 349. Citado por Sepúlveda, *El TLC y las Revindicaciones de la Jurisdicción Mexicana*, obra citada, p. 28.

192 Oppenheim's International Law, Ninth edition, volume I, Peace. Edited by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, Longman, London, p. 524. Citado por Sepúlveda, *El TLC y las Revindicaciones de la Jurisdicción Mexicana*, *Loc. Cit.*, p. 27.

193 Para un análisis más detallado en torno a estos asuntos véase Gómez Robledo, A., *México y el Arbitraje Internacional*, México, Porrúa, 1963; y González Avelar, M. Clipperton, *Isla Mexicana*, México, FCE, 1992 (Sepúlveda, *El TLC y las Revindicaciones de la Jurisdicción Mexicana*, *Ob. Cit.*, p. 27).

para comprender el contenido, alcance e importancia del principio de agotamiento previo de los recursos locales.

## V. Aristas Constitucionales del Capítulo XI del TLCAN

Una vez realizado el análisis acerca del contenido de las instituciones que podrían constituir una antinomia frente a los nuevos BIT's, procederemos a explicar los puntos específicos en los cuales consideramos que podría existir un posible problema entre las instituciones abordadas y los preceptos contenidos en el capítulo XI del TLCAN y los capítulos análogos de los demás tratados de inversión de los que México es parte o está en proceso de negociar.

### A. Disposiciones del TLCAN en Conflicto con la Garantía de Igualdad

El artículo 1101 del TLCAN define el ámbito de aplicación de las disposiciones encontradas en el Capítulo XI del mismo, y para ello dispone que:

"Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- a) los inversionistas de otra Parte; o
- b) las inversiones de inversionistas de otra Parte o realizadas en territorio de la Parte ...."

El inciso a) anterior nos habla de "inversionistas de otra Parte". Dicho término está expresamente definido en el artículo 1139 del mismo Capítulo XI del TLCAN como: "una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión".

El inciso b) *supra* se refiere al término "inversión de un inversionista de una Parte" el cual, a su vez, ha sido definido en el artículo 1139 anteriormente citado como: "la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte".

Al emplear en los artículos anteriormente enunciados los vocablos "otra Parte" los negociadores del TLCAN expresamente limitaron las disposiciones del Capítulo XI a las inversiones y a los inversionistas de los Estados Parte<sup>194</sup> de dicho convenio internacional pero exclusivamente en relación con sus incursiones en otros Estados contratantes del TLCAN. En otras palabras, los derechos, o más bien las prerrogativas

194 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo segundo, ha definido a una "Parte" como el Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor, a diferencia de un Estado *contratante* que es aquel que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado; y en contraposición a un Estado *negociador* el cual es aquel que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado.

tivas, contempladas en Capítulo XI únicamente le pertenecen a los inversionistas de los Estados Parte cuando éstos invierten en otro de los Estados Parte.

De lo anterior podemos colegir que al fijar el ámbito de aplicación de los preceptos contenidos en Capítulo XI, el artículo 1101 del TLCAN las limitó exclusivamente a dos cuestiones:

- 1) A los inversionistas extranjeros que sean nacionales de uno de los otros Estados Parte del TLCAN.
- 2) A las Inversiones<sup>195</sup> de los Inversionistas extranjeros que sean nacionales de uno de los otros Estados Parte del TLCAN.

Al hacer esto, dicha disposición excluye expresamente a cualquier otra persona o inversión del ámbito de su aplicación y, por ende, protección.

Es aquí donde nos surge la duda acerca de la constitucionalidad de la disposición en cuestión, ya que a través de un instrumento internacional se están otorgando prerrogativas y protecciones a inversionistas extranjeros, y a sus inversiones que son más favorables que aquellas contempladas en la legislación local; no sólo eso,

195 El término *inversión* ha sido definido en el artículo 1139 de una manera amplia para englobar todas las especies de actividades económicas que pueda realizar un extranjero en territorio nacional, de tal forma que no se pueda con posterioridad interpretar la palabra inversión de forma restringida y dejar sin protección a los intereses económicos de un extranjero en nuestro país. El término *inversión* ha sido definido en el artículo 1139 de la siguiente manera: *inversión* significa:

- a) una empresa;
  - b) acciones de una empresa;
  - c) instrumentos de deuda de una empresa;
  - d) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
  - ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
  - d) un préstamo a una empresa;
  - i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
  - ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo 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 un préstamo excluidos conforme los incisos (c) o (d);
  - g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
  - h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados 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 territorio 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;
- pero inversión no significa:
- i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
  - i) 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 (a) a (h).

sino que dicho privilegio tan sólo lo gozan los extranjeros, y no así los inversionistas locales.

Para poder soslayar nuestra preocupación en torno a la constitucionalidad del Capítulo XI, procederemos a rememorar el texto del artículo primero de nuestro Código Político Fundamental para continuar con nuestro análisis. Este precepto expresa lo siguiente:

*"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece"* (énfasis agregado).

El artículo 1o. contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.<sup>196</sup>

De lo anterior podemos claramente observar que el artículo primero de nuestra Carta Magna podría estar siendo violentado de dos maneras:

1a.) Por virtud del artículo 1101 del TLCAN, se le está otorgando a los extranjeros, o más bien a los inversionistas de un Estado Parte, un trato diverso y preferencial a su capital, el cual le es expresamente negado al inversionista nacional. Además, los artículos 1116 y 1117 establecen que los titulares de dichos privilegios contarán con el derecho de accionarse ante el Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado contemplado en la sección B del Capítulo XI del TLCAN para someter al arbitraje una reclamación que tengan en el sentido de que otra Parte ha violado:

- a) Alguna obligación establecida en la sección A del Capítulo XI.
- b) La obligación de los Estados Parte de asegurar que toda empresa de Estado que la misma mantenga actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de dicho Estado derivadas del TLCAN de conformidad con los Capítulos XI (relativo a Inversión) y XIV (referente a Servicios Financieros) (Artículo 1503.2 del TLCAN).
- c) La obligación de los Estados Parte de asegurar que cualquier monopolio que designe actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de dicho Estado derivadas del TLCAN (Artículo 1502.3.a).

196 Congreso Constituyente de 1916. 8a. sesión ordinaria celebrada el lunes 11 de diciembre de 1916, y 11a. sesión ordinaria celebrada la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916.

De lo anterior podemos inferir que estando ambos sujetos, el inversionista de un Estado parte y el ciudadano mexicano, en la misma situación jurídica, que es la de ser inversionistas, o más bien comerciantes, se le está dando al primero de ellos un derecho adicional, un trato diverso y privilegiado en comparación con el inversionista que no es extranjero. Estando ambas personas en la misma situación jurídica, no tienen las mismas posibilidades de ser titulares de los mismos derechos. En resumen, siendo iguales, se les trata de forma desigual.

2a.) Como ya fue explicado en el rubro anterior, se le está restringiendo a los mexicanos una Garantía Individual y, de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Federal, "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establezca."

Por virtud del artículo 1101 del TLCAN se está infringiendo, o mejor dicho, se está restringiendo una Garantía Individual a todo ciudadano mexicano que quisiera accionarse ante Capítulo XI y, como es de explorado derecho, las Garantías Individuales "...no pueden restringirse...sino en los casos y con las condiciones que ella [la Constitución] misma establezca..."

En caso de que se quisiera establecer una limitante, excepción o restricción de alguna Garantía Individual, para que dicha medida embone de forma apropiada en nuestro sistema jurídico, y no esté viciada constitucionalmente, es necesario que dicha limitante, excepción o restricción consista en la Constitución misma, ya que de lo contrario violentaría nuestro sistema constitucional y sería recurrible a través del medio de control constitucional, el juicio de amparo.

A continuación procederemos a presentar algunos ejemplos de disposiciones que permiten la suspensión, restricción o limitación a una Garantía Individual y que, obediendo lo dispuesto en el artículo primero de nuestra Constitución, constan en el texto mismo de dicho ordenamiento para no romper con el orden jurídico establecido:

a) El artículo 29 de nuestra Norma Fundante establece el procedimiento especial y rígido por el cual, de forma excepcional, se pueden suspender las Garantías Individuales. Dicho artículo dispone que "En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro... el Presidente... podrá suspender... las garantías...". Este artículo está en directa relación con el artículo primero del ordenamiento cimerio el cual establece que "...las garantías que otorga esta Constitución... no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establezca". Como podemos dilucidar de ambos artículos, el artículo 29 regula la suspensión de Garantías Individuales expresamente prevista en el artículo 1o. de la Constitución, por lo que una suspensión de

Garantías será constitucional de darse alguna de las hipótesis contempladas por el precepto citado, y cumpliéndose con las condiciones establecidas en el mismo.

b) El artículo 14 de nuestra Constitución establece que "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio...". El precepto citado, la Garantía de Audiencia, el derecho de todo individuo que se encuentre en territorio nacional de ser oído y vencido en juicio antes de que se le prive de un derecho, encuentra su excepción en el artículo 33 de nuestra Carta Magna, el cual dispone que los extranjeros "...tienen derecho a las garantías que otorga... la presente Constitución, pero el Ejecutivo... tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente".

De lo anterior podemos inferir que la facultad exclusiva del Presidente de la República de hacer abandonar a un extranjero sin necesidad de juicio previo no constituye una violación al artículo 14 constitucional en virtud de que dicha excepción está contenida en una disposición de rango constitucional, al igual que la Garantía de Audiencia, por lo que el principio de *primacía de la ley* permanece intacto.<sup>197</sup>

c) Podemos vislumbrar otra excepción en el artículo 49 de nuestro Código Político Fundamental, el cual, en su segundo párrafo, establece las excepciones al principio de División de Poderes ideado por Locke y Montesquieu en el siglo XVIII, el cual sirvió de inspiración a nuestro constituyente originario, y que a su vez constituye una garantía para con el gobierno de que aquellas personas que, en razón de su puesto en la administración pública, están dotadas de poder, no abusarán de él en detrimento de los gobernados ya que estarán sometidos al escrutinio, a los *"check's and balances"* (pesos y contrapesos), de los otros dos poderes; en otras palabras, el poder limita al poder.<sup>198</sup> Dicho párrafo establece que en los casos excepcionales contemplados en los artículos 29 y 131 del mismo ordenamiento, el Legislativo podrá reunirse, excepcionalmente, en el Ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias. Lo anterior es un claro ejemplo de una excepción a la regla general contemplada en el artículo 49 que refleja el principio de división de poderes que permea a lo largo de nuestra Ley de Leyes.<sup>199</sup> A mayor abundamiento, podemos citar los artículos 73.XVI<sup>200</sup> 89.X y 133<sup>201</sup>

197 Lo anterior se puede entender con mayor claridad con la siguiente ejecutoria: *"No constituye una violación de garantías constitucionales, sino una limitación a ellas, autorizado por el artículo 1o. de la Constitución, la aplicación que se haga del artículo 33 Constitucional, puesto que el artículo primero citado, dispone que esas garantías pueden restringirse y suspenderse en los casos que la misma ley previene"* (Semanao Judicial de la Federación, quinta época, tomo iv, núm. 1, p. 324).

198 Sánchez Bringsas, Enrique. *Derecho Constitucional*. Ed. Porrúa, México, D.F., primera edición, 1995, p. 368; Tena Ramírez, Loc. Cit., p. 212; y Moreno, Daniel. *Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa, México, D.F., 12a. edición, 1993, pp. 373-375.

199 Confeza artículos 49, 116 y 122 de nuestra Constitución Federal en los cuales encontramos ejemplos claros de la división de poderes, cuyos principios inspiraron al constituyente de Querétaro de 1916.

200 Al contemplar al Consejo de Salubridad General, el cual depende directamente del Presidente de la República, y que está facultado para emitir *"disposiciones generales obligatorias en todo el país"*, o sea actos materialmente legislativos.

201 Según los cuales es el Presidente de la República quien está facultado para celebrar los tratados internacionales, los cuales son *"Ley Suprema de la Unión"* (vid., artículo 133 Constitucional).

constitucionales en los cuales podemos encontrar otras excepciones al principio enunciado en el primer párrafo del artículo 49 de la Constitución que, sin estar mencionadas junto con las excepciones anteriormente ponderadas<sup>202</sup> (párrafo segundo del artículo 49), no pueden ser tildadas de inconstitucionales por ser disposiciones de jerarquía constitucional, ya que el intentar hacerlo constituiría una *contradictio in adjectivo*, en virtud de que una disposición constitucional no puede ser inconstitucional, de la misma forma en que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.<sup>203</sup>

Expresado todo lo anterior, hemos constatado que la segunda parte del artículo primero de nuestra Constitución contiene otra Garantía Individual a favor del gobernado, y es aquella promesa hecha por parte de nuestro Constituyente para con todo individuo en territorio nacional por la cual ninguna de las Garantías Individuales puede "...restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella [la Constitución] misma establece". Por lo tanto, para que fuera válido y no atentara en contra nuestro orden jurídico el haber incluido, vía un tratado internacional, un derecho adicional (por no decir prerrogativa o privilegio) en favor de algunos individuos expresamente excluyendo a otros, es necesario que dicha restricción o excepción encuentre un fundamento en la Constitución misma, ya que al exponerlo en un tratado internacional (el cual, sobra decir, no tiene la misma jerarquía<sup>204</sup> que la Constitución),

202 Sánchez Brinjas. *Loc. Cit.*, pp. 375-378.

203 Por sí el anterior argumento y razonamiento lógico-jurídico no fuera suficiente, a continuación citamos algunas tesis que sostienen el mismo criterio:  
 Constitución Federal. Sus estatutos no pueden ser contradictorios entre sí. Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podrá hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además siendo "la Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente autorizado para ello, como es el caso de la reforma constitucional. Véase: *Exposición de Motivos*, 1972, p. 108.  
 Amparo en revisión 8165/62. Salvador Piña Mendoza. 22 de marzo de 1972, unanimidad de 16 votos. Ponente: Enrique Martínez Ujeda.

*Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. XI, primera parte, pp. 22-23.  
 A continuación proponíamos otra ejecutoria que continúa con el mismo criterio:

Constitución. Todas sus normas tienen la misma jerarquía y ninguna de ellas puede declararse inconstitucional. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece.  
 Constitución en revisión 2083/68. Carlos Mejía Mégoza. 7 de febrero de 1990, unanimidad de veinte votos de los señores ministros: De Silva Nava, Magaña Cárdenas, Alba Leyva, Azuela Gutiérrez, Castañón León, López Contreras, Fernández-Dobado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Koldán, Martínez Delgado, Carpizo MacGregor, González Martínez, Villagordoza Lozano, Moreno Flores, García Vázquez, Chapital Gutiérrez, Díaz Romero, Schmill Ordóñez, y presidente del Río Rodríguez. Ausente el señor ministro Rocha Díaz. Ponente Juan Díaz Romero. Secretario Carlos Ronzón Sevilla. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. V, primera parte, Pleno y Salas, p. 17.

204 Para un interesante estudio acerca de la discusión doctrinaria concerniente a los Tratados Internacionales y la jerarquía de las leyes, véase *conferencia* Adame Goddard, Jorge. *El Tratado de Libre Comercio en el Orden Jurídico Mexicano*. En: Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas, Tomo I, pp. 89-108. Acerca de la anterior conclusión con las ideas del maestro Carpizo, quien concluye que la jerarquía de las leyes en nuestro sistema jurídico, como se divide en tres niveles:

se pasan por alto los principios de unidad lógica del orden jurídico,<sup>205</sup> inviolabilidad de la Constitución,<sup>206</sup> y de supremacía<sup>207</sup> Constitucional.<sup>208</sup>

Por todo lo anterior, al haber establecido en un tratado internacional una prerrogativa<sup>209</sup> adicional en favor de extranjeros nacionales de un Estado Parte los negociadores del Capítulo XI pasaron por alto las disposiciones del artículo 1o. de nuestra Ley Fundamental.

Los negociadores del Capítulo XI aparentemente olvidaron que "el orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior".<sup>210</sup> Una ley de jerarquía inferior encuentra su fundamento y validez en una ley de jerarquía superior. Esto constituye la base de la filosofía Kelseniana acerca de la pirámide del sistema jurídico. De conformidad con este didáctico punto de vista, el sistema jurídico puede entenderse como una pirámide dentro de la cual encontramos en el vértice superior a la Constitución como la norma fundante de todo el sistema jurídico, la norma de la cual parten todas las demás leyes las cuales van descendiendo de forma escalonada siempre guardando una jerarquía entre ellas de tal forma que una norma constituye el fundamento y le da validez a la ley que deriva de ella,<sup>211</sup> y así sucesiva-

El Primero está conformado por la Constitución Federal, la cual constituye el vértice superior del triángulo del sistema jurídico.

En el Segundo nivel nos encontramos con las Leyes Constitucionales y los Tratados Internacionales. A su vez, las Leyes Constitucionales se subdividen en: a) Leyes Orgánicas (aquellas que señalan la actuación y facultades de un órgano federal); b) Leyes Reglamentarias (aquellas que precisan como deben aplicarse los principios de la Constitución); y c) las Leyes Sociales (las que desarrollan las bases de los derechos sociales garantizados en la Constitución los arts. 27 y 123, en materia agraria y laboral respectivamente).

El Tercer nivel lo conforman simultáneamente el derecho federal y el derecho local, delimitados cada uno por su ámbito espacial de vigencia de la siguiente manera: el Federal aplica al Distrito Federal y las Islas Independientes de la Federación (que a su vez se subdividen en ordinarias, reglamentarias y normas individualizadas); y el Local, que es aquel que le corresponde a las entidades federativas, y que a su vez se subdivide en: a) Constituciones Locales, b) Leyes Ordinarias, c) Leyes Reglamentarias, d) Leyes Municipales, e) en Normas Individualizadas (*Confere*, Carpizo, *Loc. Cit.*, pp. 21-22).

205 Dicho principio establece que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. En otras palabras, este principio refleja la noción de que un sistema jurídico, un orden jurídico, debe estar comprendido por enunciados jurídicos que no se contradicen entre sí (Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México, D.F., séptima edición, 1993, p. 214).

206 Reflejado en el artículo 136 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

207 Ya que si bien la norma Constitucional en principio posee las características de cualquier otro precepto, tiene las siguientes calificaciones adicionales: a) su **superioridad** (tiene una jerarquía superior a las ordinarias y en caso de contradicción prevalece la norma constitucional); b) su **contenido** (ya que contiene la regulación del sistema y forma de gobierno); c) su **reformabilidad** (ya que existe un procedimiento especial y más complicado que el establecido para modificar la norma ordinaria); d) el **órgano** (el órgano que realiza la reforma es especial y generalmente de mayor jerarquía que el Poder Legislativo). Los creadores de la norma constitucional son el Poder constituyente o el Poder revisor) (Carpizo, *Loc. Cit.*, p. 298).

208 El principio de **Supremacía** Constitucional implica que la Constitución es la norma de mayor jerarquía y, por lo tanto, cualquier norma contraria a la Constitución no debe ser aplicada, carecerá de valor jurídico y por ello no debe ser aplicada. (Carpizo, *Op. Cit.*, p. 296). El alcance de dicho principio ha sido deslindado por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* en el cual dijo que "...un acto... repugnante a la Constitución es inválido...". (*Confere* Carpizo *Id.*).

209 Hablamos de prerrogativa y no de derecho en virtud de que al dársele un derecho a unos excluyendo a otros, dicho derecho se constituye en un privilegio que sólo unos cuantos gozan.

210 Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*, *Op. Cit.*, p. 215.

211 Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1995, p. 146.

mente hasta llegar a la base de todo el sistema jurídico, al punto inferior de la pirámide, en la cual encontramos a los Contratos, los cuales, encontrando su fundamento en el libre arbitrio de los particulares, *verbi gratia*, en la *autonomía de la voluntad* y, en virtud del principio de obligatoriedad de los contratos, dichos instrumentos tienen un carácter obligatorio<sup>212</sup> y tienen fuerza de ley entre las partes.<sup>213</sup> Esta es la razón por la que una norma de jerarquía inferior no puede contrariar a su norma superior ya que carecería de todo fundamento y validez rompiendo con una congruencia y unidad lógica de todo el sistema jurídico, teniendo efectos dislocadores dentro del mismo y con toda seguridad erigiéndose en un a flagrante antinomia frente a las normas que la fundamentan y le dan validez, violentando de esta manera el renombrado principio de primacía o reserva de la ley.

Los negociadores del Capítulo XI contrariaron el **Principio de juridicidad**<sup>214</sup> ya que al pretender introducir una nueva institución en nuestro sistema jurídico, debieron haber examinado minuciosamente todo nuestro parque legal para cuidar el no toparse con otras normas o instituciones que pudieran ser un obstáculo para, y por ende atentar en contra de la eficacia de dicha institución, especialmente estando en presencia de una institución tan vanguardista como los Mecanismos de Solución de Controversias contenidos en BIT's ("*Bilateral Investment Treaties*" o Tratados Bilaterales de Inversión) como se les denomina en el argot comercial internacional.

No debe olvidarse que al encontrarnos en una situación en que dos normas se contradicen mutuamente, sólo una de las dos podrá ser considerada como objetivamente válida.<sup>215</sup> Lo anterior resulta especialmente preocupante en nuestro caso puesto que una de dichas normas en conflicto está contenida en nuestra Constitución, razón por la cual, obedeciendo a una sana técnica jurídica, necesariamente debemos inclinarnos por la primacía y prevalencia de esta última sobre aquella contenida en un tratado internacional ya que el texto constitucional señala que las garantías individuales no tendrán más restricciones que las que señale o autorice la Constitución misma.<sup>216</sup>

Por último, y habiendo quedado en manifiesto nuestra preocupación acerca del problema constitucional en el cual nos vemos embrollados, nos vemos en la necesidad de tocar un punto que nos parece en verdad preocupante y, si bien no procederesario profundizar en el mismo, por no ser ese el propósito del presente estudio, es necesario mencionar que además de los problemas internos que dicho mecanismo genera en nuestro sistema jurídico, a su vez, de la falta de cuidado de los negociadores se deriva un punto espinoso desde el punto de vista del derecho internacional público.

212 Véase artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal.

213 Sánchez, Meda, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Ed. Porrúa, México, D.F., decimasegunda edición, 1993, p. 79.

214 El cual implica una ineludible subordinación de todos los actos del poder público a normas jurídicas pre-establecidas. (Burgos, *Garantías Individuales*. Ob. Cit., p. 183).

215 Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Op. Cit., p. 215.

216 Fix Fierro. *Loc. Cit.*, p. 11.

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece, al hablar del derecho interno y la observancia de los tratados, que:

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."

El artículo citado nos hace ver que "*la balanza se inclina a favor de la primacía de los tratados sobre el derecho interno*".<sup>217</sup> Este precepto del instrumento internacional referido que es "*Ley Suprema de toda la Unión*" (como así lo dicta el artículo 133 constitucional), refuerza la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.<sup>218</sup>

¿Si, desde el punto de vista del derecho de las naciones, prevalecen los tratados internacionales sobre el derecho interno, pero desde la óptica del derecho interno las convenciones internacionales están supeditadas a la Constitución? Entonces, en caso de conflicto ¿qué hacer?, ¿cuál prevalece?, ¿a qué ley debemos acudir?

Esta disyuntiva nos sitúa en una inseguridad jurídica tremenda al no saber a qué ley acudir como la rectora. De lo anterior observamos claramente una posible antinomia entre derecho interno y derecho internacional que podría resultar en una posible responsabilidad internacional del Estado mexicano, por no poder este último legítimamente argüir un argumento de derecho interno para poder justificar la inobservancia de una obligación internacional en aras de respeto de nuestra Constitución.

Si bien todo lo anterior resulta sumamente interesante, nos abstenemos de seguir comentando al respecto en virtud de que el profundizar acerca de ello constituiría objeto de un estudio completo diferente y paralelo al presente. Hemos procedido a mencionarlo tan sólo para hacer notar al lector que el tema objeto de esta tesis es altamente espinoso y podría dar lugar a grandes disputas, no sólo locales, sino internacionales.<sup>219</sup>

## B. Contradicciones entre Capítulo XI del TLCAN y la Clausula Calvo

Recordando lo explicado con anterioridad acerca del contenido de la Clausula Calvo en nuestro constitucionalismo podemos vislumbrar que existe la posibilidad de que se esté violando la Constitución en los siguientes aspectos:

217 Góngora Pimentel, Genaro. *Introducción al Estudio del Tratado de Amparo*, Ed. Porrúa, México, D.F., quinta edición, 1995, pag. 81.

218 Para un interesante estudio acerca de dicho apasionante pero trabucado tema, *ver*: Moyano Bomilla, César. *Primacía del Derecho Internacional*. Jurídica #24. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1995-1

219 A mayor abundamiento y precisión acerca de esta problemática, se recomienda la discusión hecha por el doctor Peréz-nieto en *El Art. 133 Constitucional: Una Relectura*. Jurídica #25. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1995-11.



• Primero, al darle un trato privilegiado a la inversión de un inversionista de otra parte y un mecanismo de solución de controversias para tutelar los privilegios otorgados por la sección A del Capítulo XI, excluyendo<sup>220</sup> expresamente de dichas prerrogativas a cualquier otro inversor que no sea nacional de Estados Unidos o Canadá, se está otorgando un trato más favorable a los extranjeros que a los nacionales, lo cual viola frontalmente la vertiente primaria descrita en los párrafos anteriores de la filosofía de la Doctrina Calvo (véase sección III de este ensayo).

El hecho de dar a inversionistas extranjeros el acceso al arbitraje internacional para arreglar controversias con el país receptor que se pueden derivar de la falta de cumplimiento de la promesa de otorgar un trato privilegiado a la inversión de un extranjero, expresamente negándole dicha prerrogativa a los nacionales, se traduce en un trato más favorable que aquel que se le otorga a los nacionales de dicho país. Esto viola el standard máximo de protección de extranjeros que se encuentra incluido en varias Constituciones, leyes y tratados de las naciones de América Latina.<sup>221</sup>

• Segundo, la tercera vertiente arriba enumerada establece que el objetivo de la Cláusula y Doctrina Calvo es el asegurar que el extranjero agote todos los recursos locales de la legislación interna, sujetándose a lo que fallen los tribunales internos. La Cláusula Calvo confirma la regla de derecho internacional que requiere que los recursos locales sean agotados. Este aspecto de la Doctrina Calvo se ve violentada en el Capítulo XI al diseñar un mecanismo de solución de controversias por el cual un extranjero puede evadir la jurisdicción de tribunales locales.

Memorado esto, es sencillo deducir por qué hablamos de una contradicción. La sección A del Capítulo XI del TLCAN le confiere a los inversionistas extranjeros de un Estado Parte una serie de privilegios a las inversiones de los mismos que le son negadas a los inversionistas locales y, en caso de que surja algún problema entre dicho inversionista y el Estado huésped, la sección B del TLCAN establece un mecanismo de solución de controversias entre un inversionista de un Estado parte y un Estado anfitrión lo cual le da el derecho al inversionista extranjero de acudir a foros no internos, no nacionales, no locales, sino "internacionales", "supranacionales".<sup>222</sup> Lo cual cons-

220 Ya que sólo un *Inversionista de una Parte* puede acudir a este mecanismo de solución de controversias. El término "Inversionista de una Parte" es un concepto definido en el Artículo 1139, el cual dispone que "Inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realice o haya realizado una inversión". O sea que no lo es un nacional del país receptor; por lo que un nacional no goza de dichos beneficios en su país y está consuetudinario a llevar su controversia a los tribunales internos.

221 Bercaaw. *Op. Cit.*, p. 45.

222 Calificamos a los paneles establecidos de conformidad con la sección B del Capítulo XI del TLCAN como supranacionales con un poco de reticencia ya que a la fecha existe una discusión doctrinal acerca del carácter de supranacionalidad de un órgano. Para efectos del presente estudio, cabe mencionar que "la esencia de la supranacionalidad se da en la delegación de facultades de órganos nacionales a los órganos internacionales y esta característica la encontramos en los paneles binacionales del TLC". El carácter supranacional se configura por una delegación de funciones de los Estados, en favor de una instancia igual o superior a los propios Estados, independientemente que esté revestido de un poder coercitivo. El

tutuye una visible contraposición con la Cláusula Calvo en razón de que la Doctrina Calvo "...subrayaba que las controversias relativas a las reclamaciones de esos nacionales extranjeros contra de los Estados anfitriones debía dirimirse exclusivamente de conformidad con la legislación de estos últimos y en sus tribunales...".<sup>223</sup>

Vale la pena mencionar que si bien consideramos que existe una probabilidad de que, en razón de los argumentos expuestos, el contenido del Capítulo XI del TLCAN violente la primer y tercera vertiente contenida dentro de la Doctrina Calvo anteriormente enunciadas; consideramos que la existencia de un mecanismo de solución de controversias como derecho de acción para garantizar las normas protectoras a la inversión extranjera contenidas en la Sección A de dicho Capítulo, constituye un paso que ayuda a lograr los objetivos descritos en la segunda vertiente de la Cláusula Calvo, es decir, evitar el ejercicio de la protección diplomática, puesto que al contar con dicho mecanismo se establecen los cimientos legales para evitar que un extranjero agraviado pueda argüir la inexistencia de medios legales para defender su inversión y, mucho menos, la existencia de una posible denegación de justicia.

En este sentido, el Capítulo XI del TLCAN, y las disposiciones análogas de otros tratados de inversión lejos de contrariar la Doctrina y Cláusula Calvo, coadyuvan a lograr sus fines.

### C. El Problema de la Jurisdicción Territorial y el Agotamiento Previo de los Recursos Locales

Como se ha podido hacer ver en la sección del presente estudio en la que se trató relativo al primado de la jurisdicción territorial y el agotamiento previo de los recursos locales, resulta evidente que al momento de celebrar tratados de inversión en los cuales se pacta el que un Inversionista de una Parte puede acudir a los mecanismos de solución de controversias Invercionista-Estado para ventilar cualquier reclamación que pudiere tener acerca de los actos de autoridad que considere que son violatorios de las normas protectoras a la inversión contenidas en el mismo, eludiendo

profesor Paul Reuter sostiene que el concepto de supranacionalidad comprende tres elementos que son: (i) *Independencia* de la alta autoridad en relación con los gobiernos nacionales; (ii) *Transferencia de Competencias* de los gobiernos nacionales a la comunidad [europea] que instituya una competencia común que resulta de la delegación parcial de competencias nacionales; (iii) *Relación directa entre los órganos de la comunidad y los particulares* (Vid. Malpica de Lamadrid, Luis. *El Sistema Mexicano Contra Prácticas Destiladas de Comercio Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., primera edición, 1996, pp. 155-159.) Como puede observarse de los elementos anteriormente enunciados, los paneles del Capítulo XI del TLCAN reúnen los tres requisitos anteriores, razón por la cual nos permitimos titular de supranacionales a dichos órganos. Acerca de esta discusión, congre el expuesto en el dictamen de las Comisiones Unidas del Senado, en las cuales el senador Ricardo Montreal Avila sostenía que el TLC no tiene el carácter de supranacional. A su vez, puede consultarse a Gómez Koch, Fernando. *La Supranacionalidad de las Resoluciones Dictadas en los Mecanismos de Solución de Controversias del TLC y el Estado de Derecho*. En Libro *Estado de Derecho*. Colección Foro de la Barra Mexicana. Barra Mexicana de Abogados. Ed. Theims, 1.ª edición, 1997, p. 499.

223 Siquieros. *Loc. Cit.*, p. 39.

expresamente las instancias y recursos locales, se estaría pasando por alto el principio de agotamiento previo de los recursos locales.

El mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado ha sido diseñado para que en caso de que un Inversionista de una Parte tenga una reclamación en relación con (i) la sección A<sup>224</sup> de Capítulo XI; o (ii) la obligación de los Estados Parte del TLCAN de asegurarse de que un monopolio designado por las partes no actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de dicho Estado bajo el TLCAN;<sup>225</sup> o (iii) la obligación de los Estados Parte de asegurar que toda empresa de Estado que la misma mantenga actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de dicho Estado derivadas del TLCAN de conformidad con los Capítulos XI (relativo a Inversión) y XIV (referente a Servicios Financieros)<sup>226</sup> dicho inversionista pueda recurrir los actos del gobierno mexicano que den origen a su reclamación. En otras palabras, el extranjero podrá demandar a la Federación ante tribunales internacionales para exigir que México cumpla con los compromisos que ha contraído en el TLCAN, sin la necesidad de agotar las instancias nacionales.

## VI. Argumentos en contra de Nuestra Postura

En el transcurso del desarrollo e investigación de los argumentos que fundamentan la postura generalmente explicada en este ensayo se nos han manifestado diversos argumentos buscando desvirtuar la tesis aquí manejada. De estos argumentos consideramos que existen cuatro que son especialmente interesantes y sólidos, los cuales procederemos a comentar.

Estos argumentos son los siguientes:

1) Si bien un mexicano carece en territorio nacional de los privilegios derivados del Capítulo XI, esta circunstancia difícilmente puede considerarse violatoria de nuestra Constitución en razón de que el mismo mexicano goza de dichos privilegios en territorio canadiense y estadounidense, los cuales le son negados a los nacionales de dichos Estados. La discriminación o diferenciación aludida se compensa con el hecho de que de la misma forma, un estadounidense o canadiense no cuenta con dicha oportunidad en su territorio mientras que un mexicano sí cuenta con dicho recurso.

2) No se viola la garantía de igualdad, ya que, como se ha procedido a explicar con anterioridad, el contenido de la misma se cristaliza en la frase "*tratar igual a iguales y desigual a desiguales*". Consecuentemente, estamos ante una situación en que los sujetos en comparación no son iguales, ya que si bien ambos son inversionistas, uno de

224 Artículo 1116.1.a del TLCAN.

225 Artículos 1116.1.b y 1502.3.a del TLCAN.

226 Artículos 1116.1.a y 1503.2 del TLCAN.

ellos tiene un ingrediente extra que altera todo su estatuto jurídico y, por ello, no podemos hablar de que existe una igualdad entre ambos ya que uno de los inversionistas es un extranjero, mientras que otro es un connacional. *Verbi gratia*, el primero forma parte de otro Estado al ser parte de uno de los elementos constitutivos de los Estados;<sup>227</sup> mientras que el segundo es parte del Estado mexicano, razón por la cual estamos precluidos de querer calificar de iguales a los dos inversionistas. Por lo anterior no se altera sino que se refuerza el principio de tratar igual a iguales y desigual a desiguales ya que siendo los dos sujetos comparados diferentes y, al tratarse de diferentes, se da seguimiento a dicho principio al pie de la letra.

3) La Ley de Celebración de Tratados contempla en su artículo 8o. la posibilidad de incluir en tratados internacionales mecanismos de solución de controversias, por lo que el contemplar dichos mecanismos en Tratados Internacionales no sólo no es anticonstitucional, sino que está expresamente regulado en una ley.

4) Si bien la Cláusula Calvo en algún otro momento histórico pudo haber constituido un obstáculo para la implementación de mecanismos internacionales de solución de controversias, hoy en día ya no lo es dado que dicha institución no es más que un vestigio histórico ahora en franco desuso al haber sido superada por una nueva realidad que no sólo justifica sino que exige la implementación de tratados internacionales por medio de los cuales se instaure un trato mejor a la inversión extranjera y se creen mecanismos internacionales de solución de controversias que constituyan un aliciente para atraer inversión foránea. Por lo tanto, en virtud de que la Cláusula Calvo está en desuso ha dejado de ser un óbice para la creación y celebración de BIT's con ideas vanguardistas como lo es el trato a la inversión foránea y el mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado contemplados en el Capítulo XI.

A continuación procederemos a comentar los argumentos anteriormente vertidos en contra de nuestro cuestionamiento acerca de la constitucionalidad del Capítulo XI del TLCAN.

- **En relación con el primer argumento nos permitimos manifestar lo siguiente:**

Los que comulgan con el argumento explicado en el inciso 1 anterior no deben olvidar lo que hemos explicado con anterioridad en relación con la Garantía Individual consagrada en la segunda parte del artículo primero Constitucional, el cual dispone que las garantías que otorga la Constitución no pueden restringirse ni suspenderse más que en los casos y cumpliendo con las condiciones que la misma expresamente

227 Acerca de esto, es menester recordar que en la Teoría del Estado, los elementos que deben reunirse para estar en presencia de una entidad Estatal son: (i) la Población; (ii) el Territorio; y (iii) el Gobierno. Hay quien asevera que es necesario un ingrediente adicional, la Soberanía. No obstante, comulgamos con quien considera que el elemento soberanía se tiene implícito dentro del elemento de "Gobierno".

establece. Dicha disposición no fue un obsequio gratuito por parte de nuestro legislador, sino que obedece a la necesidad de garantizar el goce de todas las garantías por parte de todos los individuos que se encuentren en territorio mexicano. Invitamos a todo aquel que comparta la opinión soslayada en el argumento que a continuación procedemos a refutar a que realice un estudio de todos los dispositivos de nuestra Carta Magna en búsqueda de alguna disposición que permita al Ejecutivo el limitar las Garantías Individuales a través de instrumentos convencionales internacionales bajo el pretexto de otorgarles a los mexicanos "más derechos en otros países" de tal forma que la discriminación sufrida en su territorio natal se vea compensada al momento de querer invertir en otras economías.

Las Garantías Individuales no pueden, bajo ningún motivo, restringirse ni suspenderse. La excepción a dicha regla, que cristaliza el principio de igualdad que permea a lo largo de todo nuestro sistema jurídico, se contempla en la misma disposición que la contempla,<sup>228</sup> para lo cual establece que tan sólo pueden restringirse o suspenderse "... en los casos y condiciones que ella [la Constitución] misma establece...".

Como podrá percibirse de la lectura de las disposiciones que versan sobre la Garantía de Igualdad (y en general en todas las disposiciones Constitucionales), en ninguna de las mismas se menciona de forma alguna, directa o indirectamente, que la garantía de igualdad podrá restringirse a los nacionales, otorgando a los extranjeros un trato preferencial a los primeros, bajo cualquier justificación.

Más aún, no debe perderse de vista que, atento a lo dispuesto en el artículo 10 de nuestra Ley de Leyes, todas las limitaciones a las garantías son de aplicación estricta y excepcional y, por ende, no pueden ser ampliadas por el legislador, por el intérprete, ni mucho menos por la autoridad administrativa que negoció Capítulo XI, y así se ha sostenido que cuando la Constitución otorga alguna libertad, ésta debe ser interpretada de manera amplia, mientras que cuando nuestro máximo ordenamiento establece una prohibición o limitación debe ser interpretada y aplicada de manera restrictiva.

Además de lo anterior, el artículo 15 de nuestra Ley Fundamental expresamente sanciona dicha hipótesis al expresar que "*No se autoriza la celebración... de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.*"

En relación con este argumento, y en aras de evitar ociosas repeticiones de argumentos ya exhaustivamente tratados, nos permitimos referir al lector al estudio hecho en relación con este tópico en la sección II. C. en este ensayo.

<sup>228</sup> Con acertada técnica jurídica, ya que las excepciones a disposiciones Constitucionales forzosamente deben estar contempladas en el mismo ordenamiento, o sea en una disposición Constitucional, de lo contrario nos enfrentaríamos a una violación de los principios de Primacía y Supremacía Constitucional.

- **En cuanto al segundo argumento expuesto en contra de nuestras ideas, nos atrevemos a manifestar lo siguiente:**

Si bien, de primera impresión podría verse con buenos ojos la explicación desarrollada en el inciso 2 anterior, tiene que sopesarse con lo siguiente. Al ser los inversionistas de algún otro de los Estados Parte del TLCAN extranjeros, vaya, al contar con ese elemento extra, que en razón de sus cualidades específicas, y su tratamiento en el sistema legal mexicano, transforman por completo el estatuto jurídico de la persona que lo detenta,<sup>229</sup> también debe tenerse en mente que el trato diferente otorgado a un individuo considerado desigual debe guardar relación y proporción con la diferencia en cuestión. Dicho de otra manera, si bien se podría argüir que se le debe otorgar un trato diferente a un individuo en relación con otro en virtud de que ambos sujetos son diferentes, dicho trato diferente debe justificarse en la naturaleza y alcance de la razón por la cual se considera diferente al beneficiario de dicho trato diferencial, ya que de otra manera el trato diferencial no se justificaría y tan sólo constituiría una simple excusa para darle la vuelta al principio de oro contemplado en el artículo primero de nuestra Constitución Federal.

Los privilegios otorgados a los *Inversionistas de otra Parte*<sup>230</sup> en las secciones A y B del Capítulo XI del TLCAN simple y sencillamente no pueden justificarse con su diferencia de nacionalidad, ya que dicho argumento no es razón suficiente ni suficiente para pretender otorgar dichas prerrogativas a los extranjeros. Si bien pueden entenderse las virtudes y la *ratio legis* de otorgar un trato mejor al capital extranjero, y de crear un mecanismo para defender esas prerrogativas que se caracterice por ser más eficiente, expedito, justo y transparente que aquellos contemplados localmente, no encontramos una justificación válida para negarle dicho recurso a los inversionistas nacionales.

A manera de ejemplo para entender lo expuesto en el párrafo que antecede nos permitimos exponer lo siguiente. En el segundo párrafo del artículo cuarto Constitucional se menciona que el hombre y la mujer son iguales ante la Ley. A su vez, y como es del conocimiento del lector, existe un régimen legal diferente entre el hombre y la mujer en materia laboral en lo que concierne a embarazo y períodos de lactancia. El hombre no goza de los derechos contemplados en la Constitución<sup>231</sup> y la Ley Federal del Trabajo<sup>232</sup> en lo que concierne a dicho tema en mérito de que el hombre y la mujer no son iguales (el hombre no se embaraza) aunque sean iguales ante la Ley; y, por ende, el intentar darles en dicho aspecto un trato igual atentaría en contra de la lógica más elemental y de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución. En este caso

<sup>229</sup> De ahí que exista, como parte de la Cátedra del Derecho Internacional Privado, el tema de la Condición Jurídica del Extranjero en México.

<sup>230</sup> Como así lo estipula el artículo 1101 del TLC.

<sup>231</sup> Fracción V del artículo 123. A de la Constitución, y fracción XI C del artículo 123. B de la Constitución.

<sup>232</sup> Título Quinto de la Ley Federal del Trabajo.

el trato legal desigual se justifica en razón de la diferencia entre sus destinatarios (el hombre y la mujer). No obstante, si con fundamento en dicha diferencia física se pretendiera dar más derechos a uno expresamente excluyendo al otro, y dichos derechos no guardarán una relación con la diferencia en cuestión<sup>233</sup> dicho trato desigual degeneraría inmediatamente en una discriminación.

En adición a lo anterior, el trato diferencial explicado en el párrafo que antecede no puede ser tildado de anticonstitucional puesto que las normas que contemplan dichos derechos son de envergadura Constitucional por lo cual, y como ya se explicó con anterioridad, los preceptos Constitucionales no pueden ser inconstitucionales. Al incluir en la Constitución las diferencias en materia laboral entre el hombre y la mujer, además de otorgar una garantía social, se resguarda el principio de primacía de la ley. Si bien el ejemplo anterior podría considerarse un tanto burdo o absurdo, consideramos que es de utilidad para reflejar nuestro punto de vista ya que, como ya lo dice el viejo adagio, "Nada, ilustra más que el absurdo..."

- **Acerca de lo argüido en el tercer argumento enunciado, procederemos a hacer las siguientes aclaraciones:**

El querer sostener que en virtud de que la Ley de Celebración de Tratados contempla en su artículo 8o. la posibilidad de establecer "*mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales...*"<sup>234</sup> es razón suficiente para considerar que los mismos no pueden violentar otras instituciones de derecho local es una aberración. Dicho argumento adolece de un vicio de Constitucionalidad, ya que una ley federal, como lo es la Ley de Celebración de Tratados, en ningún caso puede limitar ni anteponerse a los preceptos contenidos en la Constitución si pretende respetar el principio de primacía de la ley, y Supremacía Constitucional.

Aun en el caso de que quisiera sostenerse que dicha ley es reglamentaria de la Constitución, y que por ende desarrolla y vivifica los preceptos constitucionales,<sup>235</sup> aun así la ley en cuestión pecaría de ser inconstitucional en razón de que una ley reglamentaria puede desarrollar y ampliar una disposición Constitucional, pero en ningún caso la puede limitar ni contradecir su contenido, sin pretender ser posteriormente tildada de anticonstitucional.

<sup>233</sup> Por ejemplo, que en virtud de dicha diferencia se suprimieran los derechos políticos de la mujer.

<sup>234</sup> Confere artículo octavo de la Ley de Celebración de Tratados.

<sup>235</sup> Como así lo dirían los maestros Mario de la Cueva y Jorge Carpizo. Confere Carpizo. *Estudios Constitucionales*. México. UNAM, en: La Gran Enciclopedia Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, p. 28 (Citado por Patiño. *Op. Cit.*, p. 1183).

- **En lo que se refiere a lo explicado en el cuarto argumento vertido, nos permitimos aseverar lo siguiente:**

Por principio de cuentas, queremos mencionar que compartimos la opinión en relación a la falta de actualidad de la Doctrina Calvo. Si bien podría sostenerse que la Doctrina Calvo ha sido superada por la realidad<sup>236</sup> y que la aplicación de la misma es poco probable dado que la política actual de las naciones en necesidad de inversión extranjera es la de atraer capitales a través de mecanismos que prueben ser más expeditos y efectivos que los tribunales locales, y que sería contraproducente el volver a la antigua filosofía Calvo, ahora en desuso.<sup>237</sup> No debe olvidarse que el que la política actual sea una u otra, no resta al hecho de que la Cláusula Calvo es derecho positivo, y no sólo eso, sino que tiene una jerarquía Constitucional. El considerarse como una institución en desuso no menosprecia el hecho de que podría ser empleada por el simple y sencillo hecho de que existe, razón por la cual resulta de gran, e inminente, importancia que se tomen cartas en el asunto.

Los que comulgan con este argumento parecen haber olvidado que en México no existe la *Desuetudo*. La desuetudo "...es el efecto negativo de la *costumbre*..."<sup>238</sup> es aquel fenómeno que tiene lugar en sistemas jurídicos diferentes al nuestro, como el anglosajón,<sup>239</sup> y cuya filosofía encuentra su fundamento en la *costumbre* misma, de la misma manera que la *costumbre* es una fuente de derecho, una norma puede ser derogada consuetudinariamente por una *costumbre* contraria a ella.<sup>240</sup>

Los que consideran que el argumento expresado en el punto 4 anteriormente mencionado no deben olvidar que de conformidad con el **principio de legitimidad**, una norma permanece válida mientras no sea derogada en la forma que el mismo orden jurídico determine,<sup>241</sup> o sea, mediante una ley posterior de conformidad con lo que establecen los artículos 72 y 135 de la Constitución.

<sup>236</sup> En este contexto de ideas resulta apropiado mencionar que existen estudios en torno a la necesidad de eliminar instituciones anacrónicas contenidas en el derecho positivo mexicano cuya existencia y justificación ha sido rebasada por la nueva realidad y política legislativa la cual, lejos de ser de corte proteccionista o regulatorio de la inversión extranjera, busca atraer la misma. En este sentido consúltese la ponencia del Dr. Leonel Peréz Nieto Castro presentada ante el XX Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado en octubre de 1996, intitulada "Dos Mitos en el Derecho Internacional Privado Mexicano: La Cláusula Calvo y la Zona Prohibida o Zona Restringida." En resúmenes cuentas el Dr. Peréz Nieto sostiene que la Cláusula Calvo y la Zona Prohibida o Zona Restringida, si bien en su momento constituirían instituciones necesarias para la protección de los intereses nacionales ante los abusos de los países desarrollados, hoy en día constituyen obstáculos a la inversión extranjera y al desarrollo de los negocios que dicha inversión provoca.

<sup>237</sup> Si bien conocimos con la afirmación de que la Cláusula Calvo está en desuso, dicha aseveración debe ser matizada, puesto que lo cierto es que los problemas y casos internacionales que involucran dicho tema son, hoy por hoy, inexistentes; empero, la política legislativa mexicana continúa haciendo alusión y repitiendo el contenido de dicha institución, a guisa de ejemplo, consúltese los artículos 10 y 10 A de la Ley de Inversión Extranjera, y los artículos noveno y décimo cuarto de la Ley de Nacionalidad (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998, y que entra en vigor el 20 de marzo de 1998).

<sup>238</sup> Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ob. Cit. Pág. 140.

<sup>239</sup> En el derecho estadounidense este fenómeno jurídico se define como: *Desuetude Disuse, cessation or discontinuance of use, especially in the phrase, "to fall into desuetude."* Applied to obsolete practices and statutes (Black's Law Dictionary, Henry Campbell Black, West Publishing Co., St. Paul Minn. Sixth Edition, 1990, p. 449).

<sup>240</sup> Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ob. Cit. Pág. 140.

<sup>241</sup> *Id.* Pág. 141.

Por lo tanto, mientras subsista la fracción I del artículo 27 Constitucional en los términos que está redactada, la Cláusula Calvo continuará siendo un óbice para la implementación de futuros BIT's que contengan disposiciones similares a las plasmadas en el Capítulo XI del TLCAN.

### VII. Conclusión. Un Problema no Resuelto

En los anteriores renglones hemos intentado hacer una somera disquisición principalmente de tres temas que tienen incidencia directa sobre el Capítulo XI del TLCAN y los demás tratados de inversión que contemplan instituciones análogas.

Hemos examinado lo referente a la Garantía de Igualdad, la Cláusula Calvo y el principio de agotamiento previo de los recursos locales en nuestra legislación y constitucionalismo (así como el derecho internacional público, en lo que se refiere al principio de agotamiento de los recursos locales) con el objetivo de hacer ver que en razón de los principios que entrañan dichas instituciones, lo dispuesto en el Capítulo XI del TLCAN y los demás tratados de inversión que nuestro gobierno ha celebrado o está en vías de negociar o puede ser tildado de inconstitucional y por ello puede convertirse en una traba para el apropiado y armónico funcionamiento de los mecanismos de solución de controversias Inversionista-Estado diseñados en los mismos.

Al querer integrar nuevas instituciones a nuestro sistema jurídico a través de pactos internacionales, debe hacerse en la inteligencia de que existe ya un orden normativo, un parque legal, que debe ser contemplado, estudiado y respetado, de lo contrario, al querer inmiscuir nuevos preceptos a la "telaraña" jurídica ya existente, o se hace con un sigilo y cuidado extremo, o se corre el riesgo de violentar un sistema legal preestablecido enmarañando y enredando dicha telaraña de tal forma que el deshacer los nudos creados por la falta de prudencia sea más difícil, costoso y contraproducente que los beneficios ponderados de la instauración de dicha institución.

Ya desde la creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la "CNUDMI" o "UNCITRAL" por sus siglas en inglés - *United Nations Commission on International Trade Law*) en 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas hacía notar que las divergencias en las leyes locales constituían uno de los obstáculos para el desarrollo del comercio internacional,<sup>242</sup> es por ello que la creación de medios internacionales que faciliten el comercio resulta a todas luces deseable. No obstante lo anterior, no debe perderse de vista el sistema jurídico interno de cada Estado para evitar la posibilidad de que las instituciones que se contemplan en los tratados de libre comercio o los tratados de inversión resulten antagónicas con instituciones locales máxime hoy en día que hemos celebrado acuerdos de libre

242. Honnold, John O. *International Unification of Private Law*. En: *United Nations Legal Order*, vol. 2, editado por Oscar Schachter y Christopher C. Joyner. American Society of International Law. Grotius Publications. Cambridge University Press, U.S.A., 1995, p. 1026

comercio con Venezuela y Colombia,<sup>243</sup> Bolivia,<sup>244</sup> Costa Rica,<sup>245</sup> un Acuerdo de Complementación Económica con Chile<sup>246</sup> hemos negociado APPRI's<sup>247</sup> con España,<sup>248</sup> Suiza, Argentina y Alemania, hemos negociado un tratado de libre comercio con Nicaragua, y se están llevando a cabo negociaciones con Panamá, Perú, Ecuador, Guatemala, Honduras, El Salvador, y la Comunidad Económica Europea, en los cuales en un futuro podría contemplarse la posibilidad de incluir disposiciones similares a las del Capítulo XI para incentivar la entrada de inversión extranjera y/o proteger aquella que incurriese en nuestra economía.

En el capítulo I del TLCAN se establece que es el objetivo del TLCAN, entre otros, el:

"...aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes..."<sup>249</sup> y

"...crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias..."<sup>250</sup> (énfasis agregado).

Todo lo expuesto a lo largo del presente ensayo debe entenderse como una contribución a la realización de los objetivos expuestos ya que, como se ha demostrado con anterioridad, existen preceptos del mismo que podrían constituir una antinomia frente a conceptos jurídicos fundamentales de nuestro sistema jurídico, lo cual podría repercutir en la eficacia de los mecanismos de solución de controversias en el contemplanado. Nuestras observaciones de ninguna manera deben interpretarse como un ataque a las instituciones mismas previstas a lo largo del Capítulo XI y los tratados similares, difícilmente podemos estar más a favor de la creación y difusión de los principios y medidas pactados en dichos instrumentos. Nuestros comentarios tienen

243. El tratado de libre comercio del Grupo de los tres comprende a México, Colombia y Venezuela y fue firmado en Cartagena de Colombia el 13 de junio de 1994, aprobado por el Senado el 16 de diciembre de 1994, y su promulgación tuvo lugar el 9 de enero de 1995, entrando en vigor el 1.º de enero de 1995.

244. El cual fue firmado en Río de Janeiro el 19 de septiembre de 1994, fue aprobado por el Senado el 28 de diciembre de 1994, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1995 y entró en vigor el 1.º de enero de 1995.

245. Firmado en México el 5 de abril de 1994, ratificado por el Senado el 21 de junio de 1994, con fecha de promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1995, y que entró en vigor el 1.º de enero de 1995.

246. Cuya firma tuvo lugar en Santiago de Chile el 22 de septiembre de 1991, aprobado por el Senado el 4 de diciembre de 1991, promulgado el 23 de diciembre de 1991 y que entró en vigor el 22 de septiembre de 1991.

247. En este contexto vale la pena mencionar que no deben confundirse los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ("APPRI's") y los tratados de libre comercio por ser instrumentos diferentes en lo que a su alcance y contenido se refiere. Los tratados de libre comercio son pactos mucho más amplios que cubren un abanico muy vasto de materias, dentro de las cuales figura con frecuencia la inversión extranjera y en dicho contexto regulan tanto la pre-inversión como la post-inversión, mientras que los APPRI's son acuerdos que se limitan a conocer y regular el tema de la inversión foránea y tan sólo regulan la post-inversión. Adicionalmente, los tratados de libre comercio forman parte, con frecuencia de un esquema o proceso más amplio de integración, lo cual no necesariamente sucede con los APPRI's.

248. El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 1997.

249. Artículo 102.c) del TLCAN (el énfasis es nuestro).

250. Artículo 102.e) del TLCAN.

por objetivo hacer ver que la manera en que fueron incorporadas las disposiciones contenidas en los convenios aludidos puede traer como consecuencia el que se haga nugatoria su aplicación por encontrarse en flagrante oposición con principios de gran talante del derecho mexicano.

Más aún, el estudio anterior tiene por objetivo atender a la sabia prevención del maestro George Santayana quien hace notar que quienes no recuerdan el pasado están condenados a repetirlo,<sup>251</sup> puesto que las situaciones que dieron lugar a los problemas históricos que engendraron el mecanismo jurídico de la Cláusula Calvo son muy similares a aquellas que hoy en día ha creado la globalización e internacionalización de las economías y sistemas jurídicos. Ya decía Winston Churchill que entre más se observa el pasado más se podrá atisbar el futuro.<sup>252</sup>

Es la creencia del autor que tarde o temprano en el funcionar de los mecanismos de solución de controversias contenidos en los tratados de inversión será necesario afrontar las cuestiones someramente tratadas en el presente estudio, y es nuestra esperanza que las ideas aquí vertidas sean de utilidad para encontrar una solución al problema descrito que haga viable la existencia de los mismos y posible la consecución de los objetivos deseados alcanzados por virtud de dichas instituciones.