

# **MECANISMOS INTERNACIONALES PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA**

Loretta Ortiz Ahlf.

I. Introducción. II. El principio del agotamiento de los recursos internos y la protección diplomática. III. El Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. IV. Convención que Establece la Agencia Multilateral de Garantías de Inversión. V. Procedimientos de solución de controversias en materia de inversión extranjera, en el Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos de Norteamérica y Canadá. VI. Conclusiones.

## *I. Introducción.*

En la actualidad los países en vías de desarrollo tienden a abrir sus economías al comercio y con ello permiten en forma más liberal la inversión extranjera.

Frente a este fenómeno resulta de interés analizar algunos de los instrumentos internacionales que establecen mecanismos de solución en materia de inversión extranjera, cuyo análisis nos permitirá replantear algunos principios clásicos en derecho internacional. Por otro lado, con base a dicho estudio podrá determinarse cuál de los mecanismos analizados se ajusta de manera conveniente a nuestro sistema jurídico.

## *II. El principio de agotamiento de los recursos internos y la protección diplomática.*

La norma internacional del agotamiento de los recursos internos tiene su fundamento en la costumbre internacional. La obligatoriedad de la misma ha sido confirmada en diferentes precedentes como: La decisión de la Comisión Arbitral en el caso de *Ambatielos* (1956), el caso de *Interhandel* (1959) ante la Corte Internacional de Justicia y diversas decisiones en el ámbito propio de los derechos humanos, especial-

mente resoluciones de la Comisión Europea y de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>(1)</sup>.

Esta prioridad de la jurisdicción interna del Estado está planteada en primer término como un derecho del Estado, destinado a darle la oportunidad de remediar a través de sus propios medios el daño producido, evitando de esta manera que se haga efectiva la responsabilidad internacional<sup>(2)</sup>.

Por otro lado, el fundamento antes mencionado no debe ser planteado sólo como un derecho del Estado, sino también como un deber, en lo referente a la protección de los derechos humanos. En este sentido son muy claros los comentarios de Ruiloba:

La institucionalización internacional de la protección de los derechos humanos no ha eliminado todos los aspectos de la mediatización estatal, ni podrá hacerlo mientras exista el Estado; éste sigue siendo el primariamente encargado de la protección. Lo que ocurre es que en esta tarea está ahora sujeto a un control internacional derivado de su propio compromiso a garantizar los derechos del individuo. Lógicamente, mientras que el único posible responsable ante el orden internacional siga siendo el Estado, su compromiso no puede considerarse incumplido hasta que se pueda decir que el Estado ha violado alguno de los derechos humanos, afirmación que no estará justificada sino cuando la actitud del Estado esté plenamente definida tras la actuación de todas sus instancias jerárquicamente estructuradas<sup>(3)</sup>.

De esta forma, el Estado está obligado a proveer instancias jurídicas internas que sean aptas. Dicha obligación consistiría conforme Verdross, en proveer los medios para hacer justicia efectiva, plena y oportuna<sup>(4)</sup>.

Ligado al agotamiento de los recursos internos se encuentra el concepto de denegación de justicia, ya que bajo este supuesto no deberán agotarse los recursos internos.

En cuanto al concepto de denegación de justicia, la jurisprudencia, práctica estatal, doctrina y proyectos de codificación muestran que el contenido del mismo es impreciso, ya que, parte de la doctrina se inclina por incluir además de la falta o retraso injustificado en la administración de justicia a las sentencias manifiestamente injustas<sup>(5)</sup>.

(1) RUILOBA SANTANA Eloy, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Universidad de Valencia, Valencia, 1978, p. 80 y s.s.; 110 y s.s.; y 129 y s.s.

(2) Ver el artículo 22 del *Proyecto de Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos*, en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional 1980.

(3) RUILOBA SANTANA Eloy, *Ob. cit.*, p. 147.

(4) VERDROSS Alfredo, *Derecho Internacional Público*, Sexta Edición, Ed. Aguilar, Madrid, 1976, p. 363.

(5) PASTOR RIDRUEJO Antonio, "La sentencia de 1970 y la Responsabilidad por Actos Judiciales", *Revista Española de Derecho Internacional*, No. 2, Madrid, 1970, p. 414 y s.s.

En las dos primeras situaciones mencionadas se habla de una “denegación de justicia en sentido estricto o formal”, en cambio frente a un fallo manifiestamente injusto se habla de una “denegación de justicia substancial”.

Dicha distinción no está al margen de la casuística internacional, un ejemplo de ello, lo constituyen las alegaciones en torno al asunto del Barcelona Traction, en el cual se puede observar la discusión surgida de la contraposición del concepto de “denegación de justicia en el sentido propio” que hace España y la distinción belga entre “denegación de justicia formal” y “denegación de justicia substancial”, tratando de incluir en esta última las sentencias que tengan un carácter manifiestamente injusto a raíz de actos discriminatorios o arbitrarios por parte de los tribunales de un Estado en contra del demandante.

A pesar de la discusión doctrinal antes señalada, resulta claro que en los supuestos de falta de acceso y retraso injustificado, nos encontramos frente a situaciones que permiten alegar la excepción de denegación de justicia.

¿Puede la norma que exige el agotamiento de los recursos internos, ser objeto de una renuncia de los Estados, mediante una declaración unilateral o mediante tratado?.

Vinculada con esta renuncia, también se cuestiona la renuncia general del Estado a ejercer protección diplomática a favor de sus nacionales, la cual no debe confundirse con la aceptación por parte de extranjeros de la llamada cláusula Calvo.

La cláusula Calvo es una disposición contractual en virtud de la cual el extranjero en sus actividades económicas en el país huésped se compromete a no invocar la protección diplomática de su país.

La doctrina clásica tiende a desconocer la eficacia de dicha cláusula. A pesar de ello, cabe precisar que no se trata de una cláusula nula, ya que produce efectos vinculativos entre el Estado huésped y el inversionista extranjero, aunque no es oponible al Estado del cual este último es nacional<sup>(6)</sup>.

La razón de ello, se encuentra en que el Estado que ejerce protección diplomática ejerce un derecho que le es propio y que, por lo tanto, solo él puede renunciar y no un particular.

Cabe precisar, que el Estado puede renunciar, en cualquier momento, a ejercer protección diplomática. Puede hacerlo después de que se haya realizado el hecho internacionalmente ilícito que afecta al nacional de ese Estado, a través de la abstención de ejercerla o de una renuncia expresa de ella. En este sentido es muy conocida la actitud del Gobierno de Canadá que renunció a su derecho a ejercer protección diplomática a favor de su empresa Barcelona Traction.

---

(6) RIOSECO V. Alberto, “El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, *Estudios 1987*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago de Chile, 1987, p. 146 y s.s.

Al lado de esta clase de renunciaciones particulares, en algunos tratados que establecen mecanismos de solución en materia de inversión extranjera se ha establecido una renuncia general del Estado a ejercer protección diplomática a favor de sus nacionales.

Ahora bien, la renuncia de agotar los recursos internos y la general para ejercer la protección diplomática a favor de los nacionales, resultarían válidas, si no se violan normas de derecho internacional que tengan el carácter de *ius cogenes*. Es decir, si con dichas renunciaciones no se niega acceso a un procedimiento de solución en el cual se otorguen las garantías de debido proceso, o bien, no se crea una situación de desigualdad frente a las partes en conflicto.

A pesar de ello, resulta claro que la validez de dichas renunciaciones a nivel internacional no puede hacerse extensiva en el orden interno, lo cual dependerá de su compatibilidad con el régimen jurídico interno.

### *III. Convenio Sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.*

El Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, (Convenio) se suscribió en Washington D.C., el 18 de marzo de 1965 y creó al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Ambos son producto de una iniciativa del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), pero aunque el CIADI opera en el seno del BIRF, tiene personalidad jurídica internacional propia.

El objeto del CIADI es el de facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones del Convenio.

En lo referente, a la jurisdicción del CIADI en los procedimientos arbitrales, el artículo 25, del Convenio señala:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro<sup>(7)</sup>.

Como puede observarse, la base de la sumisión al procedimiento arbitral del CIADI es el consentimiento, el cual puede otorgarse al celebrar el contrato de inver-

---

(7) RIOSECO V. Alberto, *Ob. cit.*, p. 154.

sión extranjera, incorporando la cláusula compromisoria del CIADI o, posteriormente, si desean acudir a los mecanismos del Convenio. De esta forma, la simple ratificación del Convenio no obliga a hacer uso de los medios de solución de controversias sobre inversión extranjera.

Por otro lado, los Estados al ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o en cualquier momento ulterior podrán notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. De esta forma, además del consentimiento particular para cada caso, se admite el establecer en forma general limitaciones o reservas en cuanto a la clase o clases de disputas.

La cuestión del agotamiento de los recursos internos, es contemplada en el artículo 26 del Convenio y señala: "que salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso". Sin embargo a continuación se establece: "Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio"<sup>(8)</sup>.

Dicha disposición fue objeto de un largo debate, ya que los países latinoamericanos insistían en la necesidad del agotamiento de los recursos internos, esta postura se ha extendido a otros países en desarrollo con motivo de la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974, de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Resolución 3281), cuyo párrafo 2 del artículo 20, entre otras normas establece el derecho de todo Estado a reglamentar y supervisar las inversiones extranjeras, las actividades de las empresas transnacionales y el de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de los bienes extranjeros mediante una compensación adecuada, consagrándose así el principio de la jurisdicción exclusiva del Estado receptor.

Por su parte, los países desarrollados deseaban que el recurso ante el CIADI no requiriera de ninguna instancia anterior, ante lo cual se llegó a la fórmula transcrita logrando un acuerdo entre ambos puntos de vista.

En materia de protección diplomática el artículo 27 del Convenio establece:

- 1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.
- 2) Para los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia<sup>(9)</sup>.

---

(8) *Idem*, p. 156.

(9) *Idem*, p. 147.

Esta disposición constituye una novedad dentro del derecho internacional, por cuanto se renuncia en forma general y anterior al ejercicio de la protección diplomática en favor de los nacionales inversionistas.

Dicha renuncia se distingue de la cláusula Calvo en que según la doctrina dominante, la aceptación de la cláusula no impide al Estado ejercer protección diplomática, previo agotamiento de los recursos internos. En cambio al ratificar el Convenio podrán agotarse los recursos internos, o no, sin que pueda ejercerse la acción de protección diplomática por una renuncia expresa del Estado.

La determinación del derecho aplicable resultó ser un aspecto sumamente debatido durante la negociación del Convenio y los debates se cristalizaron en el art. 42, el cual señala:

1. El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

2. El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio y obscuridad de la ley.

3. Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerden, decidir la diferencia *ex aequo et bono*<sup>(10)</sup>.

Dicho artículo dio lugar a la tesis de la internacionalización del contrato que se recogió posteriormente en los contratos de financiamiento<sup>(11)</sup>.

En lo referente a la ejecución de las sentencias del Tribunal arbitral, el Convenio dispone que no es necesario un procedimiento de *exequátur* respecto de la sentencia del CIADI, ya que ésta es reconocida de pleno derecho por los Estados contratantes, bastando, para su reconocimiento, la presentación de una copia certificada por Secretario del CIADI.

Se eliminan así los problemas que derivan del reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, cuyas normas se encuentran en las legislaciones nacionales y en algunas Convenciones internacionales.

Por otra parte, ninguna excepción (ni la del orden público) puede impedir la ejecución de una sentencia arbitral del CIADI. Esta situación ha sido reconocida por la Corte de Apelaciones de París, en ocasión de una sentencia del CIADI dictada en relación con la República Popular del Congo<sup>(12)</sup>.

Sin embargo, pueden presentarse obstáculos si la ejecución de la sentencia está dirigida contra algún Estado y no contra el inversionista, ya que, el artículo 55 del Convenio señala "que nada de lo dispuesto en el artículo 54 se interpretará como de-

(10) *Idem*, p. 158.

(11) WOOD Philip, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, Londres, 1980, p. 2 s.s.

(12) DELAUME Georges, "La Banque Mondiale et la mise en oeuvre du Droit International Economique", en *Colloque de Nice: Les Nations Unies et le Droit International Economique*, Paris, Pedone, 1986, p. 321.

rogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

#### *IV. Convención que Establece la Agencia Multilateral de Garantías de Inversión.*

La Convención constituyó a la Agencia Multilateral Sobre Garantías a las Inversiones (MIGA), la cual, conforme a su estatuto goza de personalidad jurídica propia (art. 1)<sup>(13)</sup>.

Su objetivo fundamental es fomentar los flujos de inversión otorgándoles garantías contra riesgos no comerciales y a la vez, brindar ayuda y asesoría a los países en vías de desarrollo para captar mayores montos de inversión extranjera directa.

La Convención del MIGA está abierta a todos los países miembros del Banco Mundial y originalmente fue firmada por 42 Estados. Desde 1988, su membresía se ha incrementado sustancialmente y a la fecha ya cuenta con 98 Estados signatarios.

El MIGA ofrece protección contra los siguientes riesgos no comerciales:

1. Inconvertibilidad de la moneda;
2. Expropiación sin adecuada indemnización;
3. Guerra, revolución y disturbios civiles; e
4. Incumplimiento de contratos por parte del sector público. Procede en caso de que no exista un foro para reclamar al Estado anfitrión el incumplimiento del contrato en cuestión (art. 11, párrafo iii).

Cabe destacar que el MIGA sólo puede asegurar una inversión tras el previo consentimiento del Estado receptor de la misma (art. 15).

El capítulo noveno de la Convención del MIGA contiene las normas relativas a la interpretación y aplicación del Convenio, reglas para la solución de controversias entre el MIGA y sus miembros y en las que intervienen tenedores de una garantía o reaseguro.

De esta forma, se establecen los siguientes procedimientos de solución de controversias:

1) Las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Convenio que surjan entre cualquier miembro y el MIGA o entre miembros, se resuelven por la Junta, su resolución podrá ser apelada ante el Consejo (art. 56).

2) Los conflictos que resulten de un contrato de garantía o de reaseguro en que el MIGA sea parte, se deberán resolver en primer término de forma amigable, de no

---

(13) La Convención que establece la Agencia Multilateral de Garantías de Inversión, se firmó el 12 de abril de 1988.

llegar a una solución se someterán al arbitraje de conformidad con las normas establecidas en el contrato de garantía o reaseguro (art. 58).

3) Las controversias entre el MIGA (actuando como subrogante de un inversionista) y un Estado miembro, se solucionarán de acuerdo al procedimiento establecido en el Anexo II del Convenio o bien de acuerdo a un mecanismo de solución ad hoc aplicable al Estado miembro que lo haya propuesto y aprobado por la Junta por una mayoría especial antes de que el MIGA emprenda operaciones en los territorios del Estado miembro (art. 57, párrafo b).

Ahora bien, el Anexo II del Convenio exige que las partes recurran a la negociación. Si con posterioridad a los 120 días de negociación contados a partir de la fecha en que se solicitó su inicio no se llega a ningún acuerdo, las partes podrán iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje. En el supuesto de que fracase el procedimiento conciliatorio, las partes podrán someter su diferencia al arbitraje (arts. 1 y 2 del Anexo II).

El procedimiento de arbitraje establecido en el artículo 4 del Anexo II, se caracteriza por su agilidad y rapidez, razón por la cual consideramos que en caso de que la Junta acepte un procedimiento ad hoc distinto al establecido en el Anexo II, éste deberá guiarse por criterios similares, como el propio artículo 57 del Convenio lo señala, al establecer que "el Anexo II de este Convenio servirá como base para dicho acuerdo". Por lo cual, no parece viable que se acepte un procedimiento que exija el agotamiento de los recursos internos con anterioridad<sup>(14)</sup>.

En lo referente al derecho aplicable en el procedimiento arbitral, el artículo 4, inciso g, del Anexo II, señala:

En cualquier diferencia comprendida dentro del alcance de este Anexo, el Tribunal aplicará las disposiciones de este Convenio, las de cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia, las de los estatutos y reglamentos del Organismo, las normas aplicables del derecho internacional, el derecho interno del miembro de que se trate y las normas aplicables del contrato de inversión, si las hubiere. Sin perjuicio de las disposiciones de este Convenio, el Tribunal puede decidir una diferencia *ex aequo et bono* si el Organismo y el miembro interesado así lo convinieren. El Tribunal no dará un veredicto *non liquet* basado en el silencio u obscuridad de la ley<sup>(15)</sup>.

El laudo es obligatorio y tendrá el carácter de sentencia definitiva. La ejecución de la sentencia se regirá por el derecho del Estado en cuyo territorio se pretenda tal

---

(14) Opinión distinta es sustentada por el Dr. Luis Miguel Díaz en su artículo "La inversión extranjera. Promoción Internacional de la Inversión Extranjera: El Miga", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, No. 14, Año 14, México, 1990, p. 481.

(15) *Idem*, p. 522.

ejecución, con lo cual se observan diferencias en cuanto a la ejecutividad de las sentencias, si se le compara con las normas del CIADI.

También deberá tenerse presente que, al igual que en el procedimiento arbitral del CIADI, las disposiciones del Convenio del MIGA y sus Anexos no se entenderán como derogatorias de las leyes vigentes en materia de inmunidad de ejecución.

Como puede observarse, los mecanismos de solución del MIGA resultan obligatorios, una vez que el Estado ratifique o se adhiera a la Convención, sin que exista la posibilidad de que con anterioridad a la solución del conflicto se otorgue un consentimiento previo como en el caso del CIADI.

Con el MIGA no se renuncia al ejercicio de la acción de protección diplomática. Sin embargo, se renuncia al agotamiento de los recursos internos, ya que, a pesar de que admita la posibilidad de negociar un procedimiento distinto al del Anexo II, éste no debe alejarse de los parámetros establecidos por dicho Anexo. Cabe señalar que hasta la fecha no se ha presentado ningún caso de negociación de procedimiento distinto al del Anexo II.

#### *V. Procedimientos de solución de controversias en materia de inversión extranjera, en el Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.*

El Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos de Norteamérica y Canadá (ALC) fue firmado el 2 de enero de 1988. El Acuerdo es uno de los más ambiciosos en su género, pues intenta liberalizar prácticamente todos los sectores de la economía, incluyendo algunos sectores tan controvertidos como el agrícola. Además, en ningún otro acuerdo de esta naturaleza se abordan con tanto detalle temas como el comercio de servicios, la inversión extranjera y los viajes de negocios entre otros.

En materia de inversión extranjera, los dos países acordaron liberalizar el tratamiento dado a sus inversionistas en relación al establecimiento de nuevas firmas, adquisición de firmas existentes, y la operación, conducción y venta de negocios establecidos. El ALC obliga a no imponer requisitos mínimos de participación accionaria y a no aplicar requisitos de exportación. En el caso de Canadá, se mantienen restricciones a la inversión extranjera en los sectores de energía, transporte, telecomunicaciones e industrias culturales.

El capítulo 16 referente a las inversiones contiene dos artículos relacionados con la aplicación y solución de controversias (1604 y 1608), conforme a los cuales los dos países se obligan a monitorar la inversión extranjera y a resolver cualquier disputa o conflicto siguiendo los procedimientos establecidos en el Capítulo 18, con excepción de las resoluciones que constituyan una revisión de las decisiones tomadas con base al Acta de Inversiones del Canadá.

El Capítulo 18 se aplica a todo el Acuerdo salvo a los capítulos 17 y 19 relacionados con servicios financieros, medidas antidumping y cuotas compensatorias.

Dicho Capítulo crea una Comisión que supervisa la implementación del Acuerdo y resuelve los conflictos vinculados con su interpretación y aplicación. El citado órgano está constituido por representantes de ambas partes. La propia Comisión dicta sus normas de operación y procedimientos, y sus decisiones serán adoptadas por consenso.

Por otro lado, se da acceso a los Estados parte a mecanismos de solución como: la consulta, la negociación, la mediación y el arbitraje los cuales siguen los lineamientos que a nivel internacional se establecen para dichos mecanismos.

Así, los Estados parte se obligan a notificar cualquier posible o actual medida que pueda afectar la aplicación del ALC, dicha notificación deberá ser previa a dichas medidas cuando las circunstancias lo permitan.

También se establece la obligación de los Estados parte de entablar consultas sobre cualquier medida que pueda afectar el debido cumplimiento del Acuerdo, independientemente de que se haya o no notificado.

Si los Estados parte no resuelven sus diferencias después de los 30 siguientes días de haber iniciado las consultas, cualquiera de las partes podrá requerir que se reúna la Comisión, la cual deberá instaurarse a más tardar dentro de los 10 días siguientes, a menos que se acuerde una fecha distinta.

La Comisión podrá recurrir a asesores técnicos o asistirse de un mediador cuando ambas partes lo acepten con el objeto de llegar a una solución satisfactoria.

Si la Comisión no logra llegar a una solución satisfactoria después de los 30 días siguientes de que le fue turnada, podrá someterla o no, a un arbitraje obligatorio, salvo cuando el conflicto esté relacionado con las acciones de emergencia contempladas en el Capítulo 11, caso en el cual forzosamente deberá resolverse el conflicto por este mecanismo.

Cuando el conflicto no se ha sometido al arbitraje, o bien no se ha logrado una solución satisfactoria cualquiera de las partes podrá solicitar a la Comisión que instaure un panel de expertos. El informe del panel de expertos es turnado nuevamente a la Comisión y basándose en el mismo la Comisión dictará su resolución, removiendo el obstáculo o medida impugnada o, en caso contrario, estableciendo el pago de una indemnización compensatoria.

Si una de las partes no aceptara la decisión de la Comisión, la parte afectada podrá suspender la aplicación Acuerdo, así como cualquier otro beneficio a favor de la otra.

A los mecanismos de solución antes descritos tienen únicamente acceso el Gobierno Federal de las respectivas Partes, los particulares que se vean afectados por el incumplimiento del ALC, deberán acudir a su Estado a fin de que éste inicie los procedimientos enunciados, agotando previamente los recursos internos. Con lo cual, el Acuerdo es consistente con el principio clásico de derecho internacional del agotamiento previo de los recursos internos.

*VI. Conclusiones.*

Analizados los instrumentos internacionales más relevantes que establecen mecanismos de solución en materia de inversión extranjera, cabe preguntarse si los principios del agotamiento de los recursos internos y el ejercicio de la acción de protección diplomática se encuentran derogados.

La respuesta debe ser negativa, la proliferación de procedimientos de solución directos, no ha disminuido las funciones de los principios antes mencionados, quizá en ellos más que en ningún otro tipo de instrumentos se demuestra que éstos principios no pueden ser olvidados.

Así, en el caso del CIADI se renuncia en forma expresa al ejercicio de la acción de protección diplomática, pero además se requiere de un consentimiento ad hoc aceptando los mecanismos de solución del Acuerdo, con lo cual se acepta la vigencia del principio, al requerirse de las manifestaciones del consentimiento antes señaladas para su renuncia.

De igual forma, se requiere de una manifestación del consentimiento para renunciar al agotamiento de los recursos internos. Dicha manifestación se otorga con la ratificación o adhesión a los instrumentos que establecen mecanismos de solución directa.

Conviene ahora precisar, si México puede aceptar un mecanismo de solución directo en materia de inversiones extranjeras, compatible con nuestro ordenamiento jurídico interno.

En materia de celebración de tratados nuestra Carta Magna establece como limitaciones de carácter formal las contenidas en el art. 89, fracción X y el art. 76, fracción I. En cuanto al contenido material deben recordarse las señaladas en los artículos 15, 18 y 133 constitucionales.

Con base a dichas disposiciones, cabe preguntarse, si con la renuncia a la jurisdicción interna o, al ejercicio de la acción de protección diplomática, se viola alguna garantía individual establecida por nuestra constitución, o bien, algún otro precepto constitucional conforme a lo establecido por nuestro artículo 133.

En relación con la primera pregunta, el artículo 104, fracción I, de la Constitución establece:

Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I— A. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrá conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca el asunto en primer grado.

Dicho artículo, así como los artículos 103 y 107 de nuestra Constitución, otorgan al Poder Judicial de la Federación y en última instancia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el control constitucional para revisar que las leyes federales y los tratados internacionales no infringan el Pacto federal o violen las garantías individuales en él consagradas.

De acuerdo a lo anterior, ¿Puede el Ejecutivo celebrar un tratado internacional mediante el cual se acepten mecanismos de solución, cuyas resoluciones no serán revisadas por parte de la Suprema Corte, independientemente de que en el mecanismo se otorgen las garantías individuales del debido proceso legal establecidas en nuestro Código Fundamental?

En caso de responder en forma afirmativa, la consecuencia obvia, sería una igualdad jerárquica entre las resoluciones del mecanismo internacional aceptado y las resoluciones de la Suprema Corte.

A nuestro modo de ver, el artículo 104, fracción II, constitucional, establece una garantía esencial para los particulares, que sean precisamente los órganos jurisdiccionales señalados en la disposición antes citada quienes resuelvan en "última instancia" si se violaron o no garantías individuales mediante tratado o legislación interna.

Con lo cual, si se acepta un mecanismo de solución directo en materia de inversiones extranjeras, que elimine el agotamiento de los recursos ordinarios, observando en ellos las garantías del debido proceso legal, no se debe privar a los particulares de la posibilidad de recurrir al amparo en los términos establecidos en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

Otras limitantes para aceptar los mecanismos de solución directa son las establecidas en nuestro artículo 27 constitucional y 587 del Código Federal de Procedimientos Civiles, vinculadas con el territorio nacional, aguas, subsuelo, espacio aéreo, plataforma continental, recursos de la zona económica exclusiva, etc.

Con relación a la segunda pregunta planteada, cabe afirmar que en el caso de querer renunciar en forma general, al ejercicio de la acción de protección diplomática, no se violaría ninguna garantía individual, al corresponder el ejercicio de este derecho al Estado. Por otro lado, el Ejecutivo de la Unión estaría facultado para ello con base al artículo 89, fracción X.

Recientemente se publicó en el Diario Oficial la Ley Sobre Celebración De Tratados, la cual contiene algunas disposiciones referentes a los mecanismos de solución de controversias.

Considero que la ley carece de fundamento constitucional, ya que, el Congreso carece de facultades para regular la materia de tratados, pues la celebración de éstos es una facultad que corresponde al Presidente de la República con la previa aprobación del Senado. Aunque podría fundarse en las llamadas "facultades implícitas" mencionadas por la Fracción XXX del artículo 73 constitucional, parece que no existía la necesidad de expedir esta ley (requisito que se exige para el uso de las facul-

tades implícitas), por cuanto la facultad de celebrar tratados internacionales se ha venido ejerciendo sin necesidad de tal ley.

Por otro lado, la nueva ley crea una nueva clase de instrumentos los "acuerdos interinstitucionales", los cuales conforme a la misma son instrumentos internacionales, pero a diferencia de los tratados no requieren de la aprobación del Senado, ni de su celebración por el Presidente de la República.

Cabe precisar que el término de tratado, convención, alianza, etc. son equivalentes en nuestra Constitución y a nivel internacional.

De esta forma, los acuerdos interinstitucionales son materialmente tratados, generan obligaciones internacionales para los Estados Unidos Mexicanos independientemente de quien los celebre, con lo cual la ley de tratados viola los artículos 89, fracción X, 76, fracción I y 133 constitucionales.

Finalmente con relación a nuestro tema, también es inconstitucional ley por cuanto hace caso omiso de los artículos 27, 103 y 104, debiendo establecer las limitaciones que dichos artículos constitucionales establecen en el texto de la ley.

El artículo 8 de la ley señala:

"Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga 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 deberá:

- I. Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional.
- II. Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y
- III. Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad"<sup>(16)</sup>.

Los inconvenientes de esta disposición son los siguientes:

1. Los mecanismos internacionales de solución se pueden establecer en tratado o acuerdo interinstitucional. Los acuerdos interinstitucionales no se publican en el Diario Oficial, con lo cual pueden resultar obligados los particulares a acudir a un mecanismo de solución internacional que no se incorpora a nuestra legislación.

2. Se establece como requisito el de la reciprocidad internacional. Como se recordará, ninguno de los mecanismos analizados establecen como requisito para su aplicación el que se cumplan con base al principio antes mencionado. Por el contrario la tendencia actual en esta clase de instrumentos es de no impedir su aplicación con base al tratamiento recíproco.

---

(16) *Ley Sobre La Celebración de Tratados* publicada en el D.O.F. del 2 de enero de 1992.

3. Se olvida totalmente el artículo 27 constitucional, fracción I, el contenido de la Cláusula Calvo no es la de impedir el someterse a un gobierno extranjero como lo establece el Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Senadores, donde afirma:

“Debe descartarse, que el principio conocido como “Cláusula Calvo” no se altera con la presente ley, en la inteligencia de que al someterse a un mecanismo internacional de solución de controversias, en modo alguno podría pensarse que se está invocando la protección de un gobierno extranjero”<sup>(17)</sup>.

El contenido de esta cláusula en el ámbito interno y contenida en nuestro artículo 27 constitucional, fracción I, es la de no establecer una situación de privilegio de los extranjeros frente a los nacionales, sometiéndose ambos a tribunales nacionales, en las materias señaladas por el artículo. Por lo tanto es independiente si el tribunal es de otro Estado o de un organismo internacional, los competentes son los tribunales nacionales en esas materias.

5. Por último, no se establece ninguna limitante en el sentido de que las sentencias dictadas en las instancias internacionales puedan ser objeto de revisión, por lo que los tratados o acuerdos mencionados podrían contravenir los artículos 103, 104 y 107 constitucionales.

Cabe apuntar que en el Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Senadores se señaló:

“Esta Comisión interpreta, y en este sentido debe ser interpretada la Iniciativa, que tales mecanismos internacionales de solución de controversias son optativos para nuestros nacionales. Es decir, éstos podrán acudir a dichos mecanismos internacionales o accionar directamente ante los Tribunales Nacionales competentes. Con esto, la competencia de los Poderes Judiciales de la Federación y de los Estados permanece intacta y se respetan las garantías individuales de los gobernados mexicanos”<sup>(18)</sup>.

Dicho comentario de la Comisión no son más que buenos deseos, ya que en la ley no se establece en ninguno de sus artículos, la opción que se menciona en el Dictamen a favor del gobernado o del particular. Por otro lado, a nivel internacional la tendencia es en el sentido de no agotar los recursos internos y obtener sentencias definitivas en esas instancias que no puedan ser objeto de revisión.

Si lo antes mencionado preocupa, resulta de mayor gravedad el hecho de que a través de acuerdos interinstitucionales que son “convenios regidos por el derecho in-

(17) *Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Senadores*, Doc. LV-029-91 (I), p. 15.

(18) *Idem*, p. 14 y 15.

ternacional público, celebrados por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales..."<sup>(19)</sup>, y que no se publiquen en el Diario Oficial<sup>(20)</sup>, puedan establecerse mecanismos de solución de controversias vinculantes para los particulares.

En cuanto a la conveniencia de que México suscriba algunos de los instrumentos comentados, puede concluirse:

1. México podría adherirse al CIADI, por cuanto existe la posibilidad de agotar previamente los recursos internos, a pesar de que se renuncie al ejercicio de la acción de protección diplomática, por no existir obstáculo legal alguno.

2. En cuanto a la conveniencia de adherirse al MIGA, consideramos que será difícil que la Junta acepte un procedimiento que permita el agotamiento de los recursos internos, sin la aceptación de un procedimiento ad hoc donde se acepten las limitaciones mencionadas, no parece prudente que México suscriba el instrumento antes señalado.

3. Si se siguen los criterios establecidos por el Acuerdo celebrado entre Estados Unidos y Canadá, en el área de inversiones extranjeras, en la celebración del ALC entre Estados Unidos, Canadá y México, no se plantearían inconvenientes, ya que, se permite el agotamiento previo de los recursos internos y los mecanismos de solución se darían entre los respectivos Estados parte.

---

(19) Artículo 2 de la *Ley Sobre la Celebración de Tratados*.

(20) Artículo 4 de la *Ley Sobre la Celebración de Tratados*.