

EL NUEVO JUICIO DE AMPARO Y LOS DERECHOS DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS EN LOS TRATADOS COMERCIALES FIRMADOS POR MEXICO

Oscar CRUZ BARNEY*

SUMARIO: I. *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental.* II. *Las relaciones comerciales internacionales de México y la inversión extranjera.* III. *Un ejemplo de recepción jurídica: las medidas equivalentes a expropiación.* IV. *La reforma constitucional y la inversión mexicana.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la propiedad privada concebido como derecho fundamental se enmarca en los llamados por la doctrina “derechos de seguridad jurídica”,¹ y que guardan a su vez una clara relación con el concepto de Estado de derecho o ese conjunto de principios que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y en su relación con los ciudadanos,² particularmente cuando se trata de actos de molestia a los gobernados en su esfera jurídica.

* Senador de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados UIBA, ex presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, Gran Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía que concede el Consejo General de la Abogacía Española, Medalla de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Investigador nacional, nivel III; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, p. 585.

² *Idem.*

Se dice que de la regulación que se haga del derecho de propiedad depende en buena medida la definición que se tenga del sistema económico y político; de ahí se pasa al régimen de uso y disfrute que del derecho de propiedad tenga el gobernado.

El segundo párrafo del artículo 27 constitucional establece la posibilidad de la expropiación, al señalar que “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

La Ley de Expropiación establece el procedimiento para llevarlas a cabo, y señala como causas de utilidad pública, conforme a su artículo 1, las siguientes:

- I. El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público;
- II. La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano;
- III. El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo.
- III bis. La construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, que requieran de bienes inmuebles y sus mejoras, derivada de concesión, de contrato o de cualquier acto jurídico celebrado en términos de las disposiciones legales aplicables.
- IV. La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional.
- V. La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas;
- VI. Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública;
- VII. La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación;
- VIII. La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular;
- IX. La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad;

X. Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad;

XI. La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida.

La expropiación procederá previa declaración de utilidad pública del objeto de la expropiación. La declaratoria de expropiación, de ocupación temporal o de limitación de dominio se hará mediante decreto del Ejecutivo Federal, que se deberá publicar en el *Diario Oficial de la Federación*.

II. LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE MÉXICO Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Un punto de partida para el estudio de la inversión extranjera es sin duda el proceso de globalización o mundialización.³ La regulación de la inversión extranjera directa ha dejado de ser materia exclusiva de las legislaciones nacionales para pasar a ocupar un espacio importante en las convenciones internacionales, de ahí lo dicho por Ignacio Gómez Palacio en el sentido de que ya no se puede ser un experto en inversión extranjera con sólo conocer la regulación nacional.⁴ Es claro que el peso de los factores externos en la determinación de las políticas sobre inversión extranjera ha venido creciendo sustancialmente. “En efecto (señalaba Jaime Álvarez Soberanis en la Universidad Iberoamericana en 1992), el Sistema Económico Internacional constituye una limitación y una oportunidad especialmente para los países en desarrollo porque respecto a ellos, dada su debilidad estructural, lo externo necesariamente tiene una mayor influencia”.⁵

El tema de la inversión extranjera ha sido tradicionalmente un tema controvertido en México, si bien la historia legislativa mexicana ha propugnado en lo general a la igualdad de derechos de nacionales y extranjeros. Pensemos por ejemplo en la Ley sobre Extranjería y Nacionalidad de los

³ Rábago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 7.

⁴ Gómez Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006, p. 17.

⁵ Álvarez Soberanis, Jaime, “La regulación de la inversión en el Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de América. Algunas repercusiones para la participación de México en la creación de la Zona de Libre Comercio de América del Norte”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, 1992, p. 103.

Habitantes de la República⁶ “la única que ha intentado definir con exactitud quiénes son nacionales y quiénes extranjeros”,⁷ y dos años después, en 1856, la expedición de ley por la que se permitió a los extranjeros poseer y adquirir propiedades rústicas y urbanas en el país.⁸

En 1929 se buscó un modelo económico nacionalista, afectado por la gran depresión estadounidense de ese año. Este sistema, que abarca de 1929 a 1940, será el fundamento del proceso de industrialización en México, hasta que con la Segunda Guerra Mundial se pasará al sistema de sustitución de importaciones,⁹ vía un proteccionismo indiscriminado, en donde el Estado participa como un elemento fundamental en la regulación de la economía nacional, si bien no se puede hablar de una economía cerrada totalmente al exterior. Se busca obtener tasas máximas de crecimiento, incremento del empleo y mejorar el nivel de vida de la población.¹⁰

Fue el 29 de junio de 1944 cuando en el marco de la Segunda Guerra Mundial el Ejecutivo decretó que las sociedades mexicanas que tuvieran o pudieran tener socios extranjeros sólo podrían adquirir bienes inmuebles o concesiones de minas, aguas o combustibles minerales mediante permiso que en su caso otorgaría la Secretaría de Relaciones Exteriores. Cuando en 1945 se levantó la suspensión de garantías, las disposiciones dictadas por el Ejecutivo se mantuvieron en vigor.¹¹

Para 1950, la sustitución de importaciones de bienes de consumo no duradero se consideró agotada, y se anunció la de bienes intermedios y de

⁶ Ley sobre extranjería y nacionalidad de los habitantes de la República, 30 de enero de 1854. Puede consultarse en *Legislación mejicana, o sea Colección completa de las leyes, decretos y circulares que se han expedido desde la consumación de la independencia*, Méjico, Imprenta de Juan R. Navarro, 1854, tomo que comprende de enero a mayo de 1854, pp. 73 y 74.

⁷ Según Ignacio Vallarta en su *Exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre extranjería y naturalización, que por encargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores ha hecho el Sr. Lic...*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1885, p. 1.

⁸ Ley del 1 de febrero de 1856, en *Legislación mejicana, o sea Colección completa de las leyes, decretos y circulares que se han expedido desde la consumación de la independencia*, Méjico, Imprenta de Juan R. Navarro, 1856, tomo que comprende de enero a junio de 1856, pp. 330 y 331.

⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo, “El comercio exterior de México en la última década”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 29, 1999, pp. 158 y 159.

¹⁰ Sobre el tema véase Villarreal, René, “Del proyecto de crecimiento y sustitución de importaciones al desarrollo y sustitución de exportaciones”, *El comercio exterior de México*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior-Academia de Arbitraje y Comercio Internacional-Siglo Veintiuno Editores, tomo I, 1982.

¹¹ Siqueiros, José Luis, “La inversión extranjera: ¿de regulación a promoción?”, *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, México, decimotercera época, tomo XVII, núm. 2, segundo semestre, 2004, p. 2.

capital. La protección otorgada por el sistema se basó en el manejo del tipo de cambio, altas cargas a la importación de bienes del exterior y controles cuantitativos y permisos previos de importación, que llegaron a ser necesarios para el 80% de las importaciones.

Lo anterior logró eliminar la competencia externa, teniendo como consecuencia una producción en muchos casos ineficiente y de alto costo, que impidió una penetración efectiva en el mercado de exportación.

La imposibilidad de acceder a recursos del exterior vía exportaciones obligó al país a recurrir cada vez más al financiamiento externo, lo que se reflejó negativamente en la balanza de pagos.

En 1970 se diseñó un plan de apoyo estructural a las exportaciones con la creación y fortalecimiento de organismos como el Instituto Mexicano de Comercio Exterior (IMCE), el Banco Nacional de Comercio Exterior (Bancomext), la Comisión para la Protección del Comercio Exterior (Compromex), la Comisión Nacional de Fletes Marítimos (Conafleamar), la Asociación Mexicana de Usuarios del Transporte Marítimo, A. C. (AMUT-MAC), la Academia Mexicana de Arbitraje y Comercio Internacional (ADACI), el Comité (*ad-hoc*) para la defensa de las Exportaciones, el Comité de Compras del Sector Público y la Comisión nacional de Comercio Exterior. Si bien no fueron suficientes, sí constituyeron un esfuerzo notable para ordenar y fomentar el comercio exterior y el fomento industrial de México.

Claro está que el símbolo del apoyo y promoción del comercio exterior fue el IMCE.¹²

En materia de inversiones,¹³ en 1967 las medidas adoptadas por México respecto de la inversión extranjera eran más restrictivas que las de cualquier otro país latinoamericano. La política mexicana en la materia establecía que:¹⁴

- Los campos básicos de la economía nacional estaban reservados al Estado.
- Solamente los nacionales podían invertir en el sector agrícola y actuar de intermediarios financieros.
- En los demás sectores se exigía el requisito de participación mayoritaria del capital nacional.

¹² Creación de Carlos Torres Manso y de Julio Faesler, el IMCE nace mediante ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1970. Sobre el Instituto véase Gazol Santafé, Antonio (ed.), *El nacimiento del IMCE*, México, 1971.

¹³ Antecedentes en Wionczeck, Miguel S., *El nacionalismo mexicano y la inversión extranjera*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1967, en particular la Introducción.

¹⁴ *Ibidem*, p. 14.

- En los demás campos podía intervenir libremente el capital extranjero, siempre y cuando se sujete a las disposiciones que regían a la inversión nacional.

Revestían especial interés para el país aquellas inversiones que aportaran nuevas tecnologías y fuentes de empleo.

Sin embargo, sostenía Wionczeck que en los últimos cinco años (1962-1967) México había sido el más grande receptor neto de inversión extranjera privada en la región.¹⁵

En 1973 entró en vigor la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera,¹⁶ modificándose la Constitución en 1983 para adicionar a las facultades del Congreso la de expedir leyes tendientes a dicho objetivo; es decir, promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, así como legislar en materia de transferencia de tecnología.¹⁷ La Ley de 1973 “otorgaba discrecionalidad excesiva a la autoridad en cuanto a la decisión de qué tipo de inversiones eran permisibles”.¹⁸ En 1989 se publicó el reglamento respectivo a fin de facilitar el flujo de capitales externos al país.¹⁹

Este sistema de apoyos sufrió constantes ataques en los mercados internacionales a los que acudían productos y bienes, sobre todo por parte de las autoridades estadounidenses, lo que culminó, a partir de 1985, en una serie de cambios que los llevaron hasta la casi desaparición de los programas de apoyo (como ejemplo, los Ceprofis, que se extinguieron entre agosto y diciembre de 1987), al firmarse en ese año lo que se conoció como el “Entendimiento sobre la prueba del daño”, por el que se cancelaron los subsidios otorgados a las exportaciones mexicanas existentes a la fecha y la concesión

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶ Sobre esta véase Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, Ignacio, *Análisis de la Ley de Inversión Extranjera en México*, México, La Impresora Azteca, 1974. Del mismo autor: *Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento comentados*, México, Themis, 1989. Véase asimismo Lucero M., Miguel Ángel, “El régimen jurídico mexicano sobre la inversión extranjera directa. Una bibliografía”, *Comercio Exterior*, México, vol. 33, núm. 2, febrero, 1983; Sepúlveda Amor, Bernardo, “Inversión extranjera, deuda externa y comercio exterior: notas sobre el orden jurídico mexicano”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, VII, 1980.

¹⁷ Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ Senado de la República, “Inversión extranjera directa”, *Análisis de los efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en la economía mexicana. Una visión sectorial a cinco años de distancia*, México, Senado de la República, LVII Legislatura, 2000, tomo I, p. 436.

¹⁹ García Moreno, Víctor Carlos, “Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)”, *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-Hill, año 7, núm. 19, enero-abril, 1996, p. 99.

por parte de los Estados Unidos “...de la llamada prueba del daño que no recibiríamos al no estar comprendidos en alguna de las hipótesis legales a que se refiere la Sección Primera de la Trade Act of 1974”.²⁰

Aunado a lo anterior, el gobierno de México decidió desaparecer al Instituto Mexicano de Comercio Exterior²¹ y acceder al GATT.²²

Para 1989, México había liberalizado su comercio de manera notable, pues “...de 8080 fracciones arancelarias prevalecientes en 1982 sujetas a permisos de importación para 1989 solo la requerían 202”.²³ Entre 1988 y 1992 México contó con un superávit comercial y en cuenta corriente con un rol cada vez más importante de la política comercial en materia de combate a la inflación. Sin embargo, el ingreso de México al GATT no produjo las esperadas nuevas inversiones a largo plazo, aunado a que las medidas proteccionistas estadounidenses frente a las exportaciones mexicanas continuaron en vigor.²⁴

La apertura comercial buscaba, a partir de 1985, corregir las distorsiones económicas generadas por la estrategia de sustitución de importaciones.²⁵ “Con la reforma económica y la apertura comercial lo único que faltaba para afianzar el ingreso de inversiones al país era institucionalizar las relaciones económicas con el principal socio de los mexicanos: Estados Unidos. Fue en este contexto que se iniciaron las negociaciones para posibilitar la suscripción del TLCAN”.²⁶

²⁰ Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 9, p. 160.

²¹ Lo que se lleva a cabo en diciembre de 1985. Véase Decreto por el que se abroga la Ley de crea al Instituto Mexicano de Comercio Exterior, en el *Diario Oficial de la Federación*, 6 de diciembre de 1985.

²² Véase los decretos del 29 de octubre y 26 de noviembre de 1986 sobre aprobación y promulgación del Protocolo de Adhesión de México al GATT. Sobre la polémica existente previa a la adhesión de México al acuerdo, véase el capítulo VII de la obra *El comercio exterior de México*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional-Siglo Veintiuno Editores, tomo II, 1982.

²³ Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, p. 160.

²⁴ Ramírez de la O., Rogelio, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte desde una perspectiva mexicana”, en Gliberman, Steven y Walker, Michael (comp.), *El TLC. Un enfoque trinacional*, trad. Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 86 y 87.

²⁵ Kessel, Georgina y Kim, Chong-Sup, “Desgravación arancelaria y reglas de origen”, en Kessel, Georgina (comp.), *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, ITAM-McGraw-Hill, 1993, p. 3.

²⁶ Rosas, María Cristina, *México y la política comercial externa de las grandes potencias*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Investigaciones Económicas-Miguel Angel Porrúa, 1999, pp. 364 y 365.

La necesidad de mantenerse en un plano competitivo en la lucha por captar la inversión extranjera directa y preservar al mismo tiempo la conducción de las áreas estratégicas de la economía fueron dos elementos destacables de la estrategia de negociación del gobierno de México en el capítulo de inversión en el TLCAN,²⁷ si bien México mantuvo restricciones a la inversión extranjera en los sectores estratégicos reservados al Estado y actividades reservadas a mexicanos.

El 27 de diciembre de 1993 se expidió la Ley de Inversión Extranjera,²⁸ cuya pura denominación indica ya el rumbo que se quería dar a la relación del Estado mexicano con los capitales provenientes del exterior. Se abrogó la ley anterior de 1973. La nueva ley estableció un sistema de apertura a la inversión extranjera que podría participar en cualquier proporción en el capital social de empresas mexicanas, salvo en aquellos casos específicamente señalados en la propia ley.

Señala José Luís Siqueiros que la ley “ha ido levantando en cierre de las siguientes actividades: a) las reservadas de manea exclusiva al Estado, b) las que tienen regulación restrictiva en el capital social...”,²⁹ sobre todo a partir de las entrada en vigor de las disposiciones transitorias en 1995, 2001 y 2004.³⁰

El Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera de 1989 continuó con la apertura, debido sin duda a la interdependencia comercial y al proceso de globalización de la economía.

²⁷ Heftye Etienne, Fernando, “El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993, p. 31.

²⁸ Pérez Miranda, Rafael, “La nueva legislación mexicana sobre inversión extranjera. Aspectos conceptuales”, *Cuadernos de Posgrado*, México, núm. 9, julio-diciembre, 1995.

²⁹ Siqueiros, José Luís, “La inversión extranjera: ¿de regulación a promoción?”, *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, México, decimotercera época, tomo XVII, núm. 2, segundo semestre, 2004.

³⁰ “Sexto transitorio. Están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros las actividades de transporte terrestre internacional de pasajeros, turismo y de carga entre puntos del territorio de México y el servicio de administración de centrales camioneras de pasajeros y servicios auxiliares.

Sin embargo, en las actividades mencionadas la inversión extranjera podrá participar de conformidad con las disposiciones siguientes:

I. A partir del 18 de diciembre de 1995, hasta el 49% del capital social de sociedades mexicanas;

II. A partir del 1o. de enero del año 2001, hasta el 51% del capital social de sociedades mexicanas; y

III. A partir del 1o. de enero del año 2004, hasta el 100% del capital social de sociedades mexicanas sin necesidad de obtener la resolución favorable de la Comisión”.

“La actitud defensiva o de recelo prevaleciente durante la séptima y octava décadas del siglo anterior se modificó... la mayoría de los países trató de promover y alentar el flujo de recursos y tecnología del exterior, más que regular la conducta del inversionista extranjero...”³¹ Lo anterior, ya sea a través de la inclusión de capítulos específicos de inversión en los tratados de libre comercio o bien mediante la firma de tratados bilaterales de inversión o APPRI.

Previamente al inicio de las negociaciones para el TLCAN se señalaba en México y fuera de él, con razón, que el principal objetivo del mismo sería no tanto la apertura comercial, muy avanzada desde la adhesión al GATT en 1986, sino la atracción de la inversión extranjera directa necesaria para el país.³² Quedaba claro además que la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera debería modificarse para adecuar la legislación interna mexicana a los principios que habrían de negociarse con Estados Unidos y Canadá en el tema sobre todo de trato nacional.³³

Al definir los temas de negociación del TLCAN, se consideró como tema relevante la inclusión de un capítulo sobre inversión que otorgara garantías básicas a los inversionistas de las partes.³⁴

Las partes, en el entendido de que las barreras a la inversión representan también barreras al comercio, pactaron un mecanismo que busca asegurar un trato igual entre inversionistas de las partes del tratado, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y de debido proceso legal ante un tribunal imparcial.³⁵

³¹ Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, p. 5; Álvarez Soberanis, Jaime, “La regulación de la inversión en el Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de América. Algunas repercusiones para la participación de México en la creación de la zona de libre comercio de América del Norte”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, 1992, pp. 99 y 101. Véase también Graham, Edward M. y Christopher Wilkie, “Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA)”, *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, 1999, núm. 21, p. 42.

³² *Ibidem*, p. 111 y 112.

³³ García Moreno, Víctor Carlos, “Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)”, *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-Hill, año 7, núm. 19, enero-abril, 1996, p. 89.

³⁴ TLCAN, artículo 1115.

³⁵ En este sentido, Foeth Persson, Mauricio, “Solución de controversias en materia de inversión extranjera: capítulo XI”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 36, 2006, p. 54.

Este mecanismo no deja de ser inequitativo y discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales,³⁶ quienes no podrán acudir a los paneles en cuestión si el problema posible lo causa una decisión de autoridad mexicana. Durante las negociaciones del TLCAN, Rodolfo Cruz Miramontes manifestó públicamente el rechazo a tal tratamiento y a la posible afectación de la cláusula Calvo (publicada en el periódico *El Nacional* del 3 de junio de 1992). Algunos estudiosos en la materia lo explican como una medida más política que jurídica, ya que el TLCAN “...significa en sí mismo, un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México”.³⁷

La Secretaría de Economía señala que

el gobierno mexicano dentro de su estrategia de negociación comercial internacional ha privilegiado la incorporación de capítulos de inversión que contengan altos estándares y disciplinas relacionadas con inversión en los tratados de libre comercio negociados. Estos capítulos han seguido dos esquemas: Modelo del Capítulo XI del TLCAN, contemplado en los acuerdos suscritos con Costa Rica, Grupo de los Tres (G3), Bolivia, Nicaragua, Chile, Triángulo del Norte (CA3) y Japón... y el Modelo Europeo, contenido en los acuerdos suscritos con la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Este modelo difiere de la estructura TLCAN en que utiliza un lenguaje basado en acuerdos internacionales; en particular, en los Códigos de Liberalización de Movimientos de Capital de la OCDE.³⁸

Las partes confirmaron que el artículo 1105(1) del TLCAN establece el nivel mínimo de trato para los extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario como el que debe otorgarse a las inversiones de inversionistas de una de las partes. En este sentido, conceptos como “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad totales” no exigen de un trato adicional o más allá de lo establecido por el derecho internacional consuetudinario como nivel mínimo de trato para un extranjero.

Finalmente, las partes hacen una declaración que debe tomarse en cuenta en los procedimientos subsecuentes, consistente en que la determinación de que ha habido una violación a alguna disposición del TLCAN o

³⁶ Pereznierto Castro, Leonel, “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 23, 1994.

³⁷ Véase <http://www.economia.gob.mx/?P=1201>

³⁸ Cruz Miramontes, Rodolfo, “Las inversiones en el TLCAN: diez años de experiencia”, en González Martín, Nuria, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, tomo II, p. 255.

de otro tratado internacional, no constituye por sí misma una violación al artículo 1105(1).

El tema del nivel mínimo de trato se ve ahora acotado por las notas interpretativas en favor de los gobiernos que reciben la inversión extranjera, beneficio que se refuerza con la aclaración hecha al final de las notas con relación a la violación de otra disposición del Tratado.

III. UN EJEMPLO DE RECEPCIÓN JURÍDICA: LAS MEDIDAS EQUIVALENTES A EXPROPIACIÓN

El artículo 1110 del TLCAN establece una nueva forma de conceptualizar a la figura de la expropiación, tomada del derecho anglosajón, y que fue recibida parcialmente por el derecho mexicano, ya que ha sido utilizada en un número muy importante, de hecho en la mayoría de los tratados de libre comercio firmados por México, mas no en el derecho interno. El artículo en cuestión se refiere a la imposibilidad de las partes para expropiar directa o indirectamente una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio *ni adoptar medida alguna equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión*, salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 (1), y
- d) mediante indemnización, conforme a los párrafos 2 a 6 del propio artículo 1110.

La indemnización deberá ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor, debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor fiscal declarado de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable. Asimismo, la cantidad pagada no será inferior a la cantidad equivalente que por indemnización se hubiera pagado en una divisa de libre convertibilidad en el mercado financiero internacional, en la fecha de expropiación, y esta divisa se hubiera convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de valuación, más los intereses que hubiera generado a una tasa bancaria o comercial hasta la fecha del día del pago.

Señala Cruz Miramontes³⁹ que la práctica norteamericana ha desarrollado todo un sistema que pretende equiparar a la expropiación, aquellas medidas de gobierno que afecten de alguna manera su propiedad, por lo que deberán ser compensados. Se conoce a estas acciones como *regulatory takings*.⁴⁰

Si bien en algunos casos los tribunales estadounidenses han establecido ciertas limitaciones al concepto para acotarlo, como por ejemplo, señalar que la sola disminución del valor de un inmueble no es suficiente para acreditar la afectación del bien, los interesados siguen impulsando las aplicaciones del concepto en cuestión de la forma más amplia posible.

Lamentablemente, en algunos casos concretos planteados ante los tribunales arbitrales revisados no sólo se aplicó esta interpretación amplia del concepto de expropiación, sino que se fue más allá.

Tal situación se dio en el procedimiento de Metalclad versus el Municipio de Guadalcázar, San Luis Potosí. Se señaló al respecto en septiembre del 2001, que

The NAFTA tribunal in the Metalclad case defined expropriation as “not only open, deliberate and acknowledged takings of property such as outright seizure, but also covert or incidental interference with the use of property”, this definition of takings clearly is much broader than what is allowed by US courts...⁴¹

Los inversionistas extranjeros en el marco del TLCAN han hecho un creciente uso del mecanismo contemplado en el capítulo XI en materia de solución de diferencias entre el inversionista y el Estado,⁴² “particularmente para oponerse a políticas de regulación que en su perspectiva han tenido efectos discriminatorios y negativos para sus inversiones”.⁴³

³⁹ *NAFTA Chapter XI Investor - to State Cases: Bankrupting Democracy*, se puede consultar el texto completo del documento en <http://www.citizen.org/documents/ACF186.PDF>

⁴⁰ Véase también Cruz Barney, Óscar, “Protección al medio ambiente y solución de controversias en materia de inversiones en el TLCAN”, *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 16, enero-abril, 2003, p. 14.

⁴¹ Cruz Barney, Óscar, “El balance entre los derechos del inversionista extranjero y del Estado anfitrión: soberanía y recepción jurídica”, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Wöss, Herfried (coords.), *Arbitraje en materia de inversiones*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.

⁴² Vega Cánovas, Gustavo, “El TLCAN: el punto de vista de México”, en Olloqui, José Juan de, *Jornadas sobre México y los tratados de libre comercio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, p. 54.

⁴³ El Proyecto de Nueva Ley de Amparo establece en su artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: Por normas generales o actos de

La recepción de la figura de los *regulatory takings* del derecho estadounidense limita los derechos del Estado en materia de toma de decisiones, ya que amplía el concepto de expropiación en beneficio de los inversionistas.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA INVERSIÓN MEXICANA

El 6 de junio de 2011 se reformó el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para señalar en su fracción primera que

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.⁴⁴

V. CONCLUSIONES

En el caso, tenemos:

1. Un derecho de defensa y protección a la propiedad privada otorgado en diversos tratados comerciales internacionales únicamente a los inversionistas extranjeros, en clara discriminación a los inversionistas nacionales.

2. Una violación al principio de igualdad ante la ley, al establecer diferencias no razonables ni justificadas para personas que se encuentran en una misma situación jurídica, caso de los inversionistas en México, sean nacionales o extranjeros.

3. La existencia de una garantía otorgada por diversos tratados internacionales al derecho fundamental de la propiedad privada, consistente en los denominados *regulatory takings*.

autoridad que violen los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

⁴⁴ La Nueva Ley quedó de la siguiente manera:

“Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

4. Dos vías posibles de acción: en contra de la violación al principio de igualdad ante la ley, y de ahí la exigencia de la aplicación del régimen de protección a la inversión consagrado en los tratados internacionales. El artículo 107, al referirse al juicio de amparo, reconoce el carácter de parte agraviada a quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, “La regulación de la inversión en el Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de América. Algunas repercusiones para la participación de México en la creación de la Zona de Libre Comercio de América del Norte”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, 1992.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, CNDH, 2004.

CRUZ BARNEY, Óscar, “El balance entre los derechos del inversionista extranjero y del Estado anfitrión: soberanía y recepción jurídica”, en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia y WÖSS, Herfried (coords.), *Arbitraje en materia de inversiones*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.

———, “Protección al medio ambiente y solución de controversias en materia de inversiones en el TLCAN”, *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 16, enero-abril, 2003.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, “Las inversiones en el TLCAN: diez años de experiencia”, en GONZALEZ MARTÍN, Nuria, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, tomo I.

Decreto por el que se abroga la Ley de crea al Instituto Mexicano de Comercio Exterior, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de diciembre de 1985.

EL comercio exterior de México, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior-Academia de Arbitraje y Comercio Internacional-Siglo Veintiuno Editores, tomo II, 1982.

FOETH PERSSON, Mauricio, “Solución de controversias en materia de inversión extranjera: capítulo XI”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 36, 2006.

- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)”, *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw Hill, año 7, núm. 19, enero-abril, 1996.
- GAZOL SANTAFÉ, Antonio (ed.), *El nacimiento del IMCE*, México, 1971.
- GÓMEZ PALACIO, Ignacio, *Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento comentados*, México, Themis, 1989.
- , *Análisis de la Ley de Inversión Extranjera en México*, México, La Impresora Azteca, 1974.
- , *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006.
- GRAHAM, Edward M. y WILKIE, Christopher, “Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA)”, *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, núm. 21, 1999.
- HEFTYE ETIENNE, Fernando, “El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993.
- KESSEL Georgina y CHONG-SUP, Kim, “Desgravación arancelaria y reglas de origen”, en KESSEL, Georgina (comp.), *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, ITAM-McGraw-Hill, 1993.
- LUCERO M., Miguel Ángel, “El régimen jurídico mexicano sobre la inversión extranjera directa. Una bibliografía”, *Comercio Exterior*, México, vol. 33, núm. 2, febrero, 1983.
- NAFTA Chapter XI Investor - to State Cases: Bankrupting Democracy*, en <http://www.citizen.org/documents/ACF186.PDF>
- PÉREZ MIRANDA, Rafael, “La nueva legislación mexicana sobre inversión extranjera. Aspectos conceptuales”, *Cuadernos de Posgrado*, México, núm. 9, julio-diciembre, 1995.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 23, 1994.
- RÁBAGO DORBECKER, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- RAMÍREZ DE LA O., Rogelio, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte desde una perspectiva mexicana”, en GLOBERMAN, Steven y

- WALKER, Michael (comp.), *El TLC. Un enfoque trinacional*, trad. Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- ROSAS, María Cristina, *México y la política comercial externa de las grandes potencias*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Investigaciones Económicas-Miguel Ángel Porrúa, 1999.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, “Inversión extranjera directa”, *Análisis de los efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en la economía mexicana. Una visión sectorial a cinco años de distancia*, México, Senado de la República, LVII Legislatura, 2000, tomo I.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo, “Inversión extranjera, deuda externa y comercio exterior: notas sobre el orden jurídico mexicano”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, VII, 1980.
- SIQUEIROS, José Luis, “La inversión extranjera: ¿de regulación a promoción?”, *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, México, decimotercera época, tomo XVII, núm. 2, segundo semestre, 2004.
- VEGA CÁNOVAS, Gustavo, “El TLCAN: el punto de vista de México”, en OLLOQUI, José Juan de, *Jornadas sobre México y los tratados de libre comercio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.
- WIONCZECK, Miguel S., *El nacionalismo mexicano y la inversión extranjera*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1967.