



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

Facultad de Derecho

Licenciatura en Derecho

“Administración pública, empresas transnacionales y tribunales de arbitraje frente a la protección del medio ambiente”

Tesis individual

QUE COMO REQUISITO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIATURA EN DERECHO

PRESENTA:

Andrea López Gallo

DIRIGIDA POR:

Doctora en Derecho Alina del Carmen Nettel Barrera

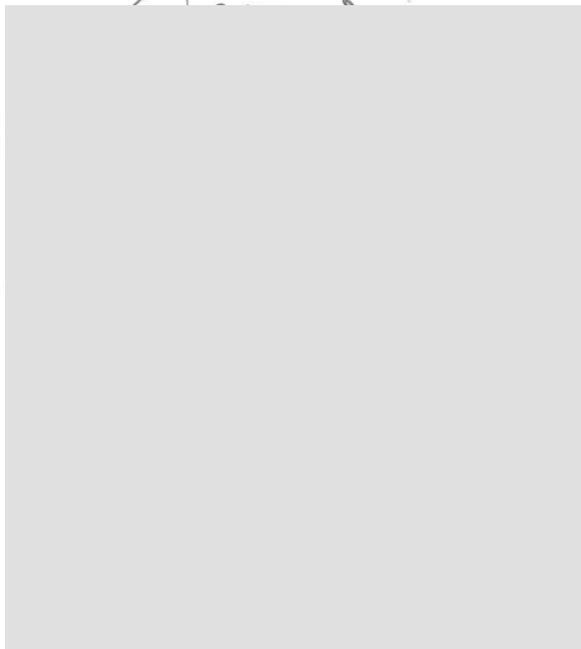
Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
Presidente

Dr. José Fernando Vázquez Avedillo
Secretario

Dra. Nohemí Bello Gallardo
Vocal

Mta. Sonia Aidee Fuentes Burgos
Suplente

Dr. Raúl Ruiz Canizales
Suplente



**Centro Universitario
Querétaro, Qro
Marzo, 2019**



Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales
de Información



Administración pública, empresas transnacionales y
tribunales de arbitraje frente a la protección del medio
ambiente.

por

Andrea López Gallo

se distribuye bajo una [Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0
Internacional](#).

Clave RI: DELIN-230263

Resumen:

Los arbitrajes en materia de inversión han estado en boga en los últimos años, sin embargo, por su origen contractual son llevados con secrecía, lo cual limita la participación de la población mexicana aun cuando éstos establecen laudos que implican el pago de indemnizaciones multimillonarias que se erogan a costa del erario público. México tiene firmados 32 acuerdos para la protección recíproca de las inversiones (APPRI). Estos acuerdos contienen cláusulas arbitrales que pactan el arreglo de las controversias, mismas que son dirimidas por un tribunal arbitral internacional ajeno a las partes y con la facultad de emitir laudos ejecutables en México. La importancia de estos laudos radica en que con frecuencia establecen el pago de indemnizaciones multimillonarias a los países que- por expropiación directa o indirecta- Menoscaban las ganancias del inversor extranjero. De esta manera, en este trabajo se analizarán los casos de arbitraje de inversión en los que diferentes países han sido demandados por revocar o sancionar administrativamente a las empresas que afecten al orden público. Así mismo, se explicarán los antecedentes del derecho internacional de inversiones, así como la protección que dan los tratados de inversión a los derechos humanos y al medio ambiente. Por otra parte, se cuestionarán los límites al control de la legalidad ambiental impuestos al Estado y se discutirá el lugar que tiene la participación de la población mexicana en los acuerdos de inversión y en los arbitrajes de inversión para la defensa del medio ambiente.

Palabras clave: Arbitraje de inversión, medio ambiente, tratados de inversión, inversión extranjera, cláusulas de protección a las inversiones.

Abstract:

Arbitration in regard to investment has been in vogue over the last few years, however, because of its contractual origins they are carried out in secrecy, which limits the participation of the Mexican population at large, even when a ruling implies the payment of multi-million worth compensations which are paid with public resources. Mexico has signed 32 agreements for the reciprocal protection of investment (APPRI). These agreements contain arbitration clauses which regulate the settlement of controversies which might arise, through an international arbitration tribunal unaffiliated to any of the parties involved and which has the faculty to issue rulings applicable in Mexico. The importance of such rulings lies in the frequency with which they establish the payment of compensation to those countries which – be it by direct or indirect expropriation – may affect the revenue of a foreign investor. In this way, this work analyzes investment arbitration cases which imply the undermining of an investor's funds. It will also explain the background in terms of international investment law and the protection that investment treaties afford to human rights and the environment.

On the other hand, this work questions the participation that the Mexican population has in these investment treaties and in investment arbitration for the defense of the environment.

Key words: investment arbitration, environment, investment treaties, foreign investment, investment protection clauses.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL	5
1. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 5	
1.1. Antecedentes históricos del arbitraje de inversión	5
1.2. ¿Qué es el arbitraje de inversión? Naturaleza jurídica del arbitraje de inversión	9
1.3. Autonomía de la voluntad	15
1.4. Ejecutividad de los laudos	18
2. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	24
2.1. Marco normativo del arbitraje de inversión	24
2.2. La negociación de las cláusulas de arbitrales	26
2.3. Rasgos comunes del arbitraje de inversión en algunos tratados	29
3. EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN LA CONSTITUCIÓN	35
3.1. El proceso de elaboración de un tratado y la ratificación del senado	35
3.2. La naturaleza del tratado como fuente del derecho según su objeto	41
3.3. El bloque de constitucionalidad y la validez de los tratados en materia de derechos humanos	45
CAPÍTULO II: LA INDEMNIZACIÓN POR ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y LA AFECTACIÓN AL ERARIO PÚBLICO	51
1. EL PRESUPUESTO DE EGRESOS Y EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO.	51
1.1. Derecho presupuestario	51
1.2. Naturaleza y fin del presupuesto	55
1.3. Casos	60
2. MECANISMOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN DE PAGO.	68
2.1. La indemnización para la protección de derechos privado	68
2.2. La protección de derechos privados frente a la protección del medio ambiente	73
3. LA PROTECCIÓN DEL ERARIO PÚBLICO	78
3.1. El interés general en la protección de los recursos públicos	78
3.2. Interés legítimo en la firma de tratados de inversión	81
CAPÍTULO III: ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. 86	
1. EL ORDEN PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS	86
1.1. Noción de orden público	86
1.2. La actividad de policía ordenación del Estado	90

1.3. Evolución de la intervención administrativa	95
2. LOS INSTRUMENTOS DE ACTUACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA	100
2.1 La licencia administrativa y la actividad de policía	100
2.2 La concesión y los bienes públicos	103
2.3. La revocación como forma de extinción del acto.....	107
3. EL MEDIO AMBIENTE SANO	111
3.1. La tutela del medio ambiente en los instrumentos internacionales	111
3.2. El sistema jurídico mexicano y el medio ambiente	116
3.3. La regulación comercial para la protección del medio ambiente.....	121
CAPÍTULO IV: LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS	
TRATADOS DE INVERSIÓN.....	127
1. LA POLÍTICA COMERCIAL EXTERIOR EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS	127
1.1. Antecedentes en Europa y Estados Unidos	128
1.2. La posición de América Latina	132
1.3. Desarrollo social e inversión extranjera.....	136
2. LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES FRENTE A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	140
2.1. Tipos de cláusulas en los tratados de inversión	142
2.2. Lo público frente a lo privado	147
2.3. El medio ambiente como punto crítico de encuentro entre lo público y lo	
privado	150
3. INVERSIONES, MEDIO AMBIENTE E INTERESES ECONÓMICOS	155
3.1. El costo del modelo económico en el medio ambiente.....	155
3.2. El medio ambiente frente al interés económico	161
CONCLUSIONES:	166
BIBLIOGRAFÍA	168

INTRODUCCIÓN

La globalización es parte de nuestra vida diaria, Netflix, Starbucks y Mac Donald's son unos pocos ejemplos de empresas extranjeras que son parte del panorama de la ciudad o de nuestras conversaciones. En el 2016, todos los mexicanos cargábamos la gasolina en PEMEX, hoy, en el 2019, tenemos a Novogas, gasolinera BP, Orsan, etc. Gasolineras tanto mexicanas como extranjeras que se han instalado en México a partir de la reforma energética. Si viajamos a Cancún, por ejemplo, encontraremos que la mayoría de los hoteles son propiedad de extranjeros, más específicamente, españoles. Y es ahí donde surge la inquietud de desarrollar el tema de esta tesis, sobre todo, cuando leemos en los periódicos el deterioro al medio ambiente generado por estas empresas que, en el caso de Cancún se ha llevado a cabo una catástrofe ecológica con la destrucción de los manglares ocasionando la bien conocida pérdida de playas (aunque cabe resaltar que esto no hubiera pasado si el Partido Verde "Ecologista" de México no hubiera vendido a diestra y siniestra áreas verdes protegidas a inversionistas extranjeros).

El tema de este trabajo es relevante porque México es el país de Latinoamérica que más recibe inversión extranjera, después de Brasil, teniendo un total de 32 tratados de inversión firmados con 33 países alrededor del mundo. Estos tratados de inversión, mejor conocidos como Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) son tratados bilaterales de inversión que firman dos países con el objetivo de promover y proteger las inversiones de las personas provenientes de uno de los países signatarios contra los posibles actos arbitrarios del otro país signatario y receptor de la inversión. De esta manera, en gran parte de esta tesis nos enfocaremos en analizar qué son estos tratados de inversión, partiendo de sus antecedentes; las cláusulas arbitrales que establecen y cómo se aplican en los arbitrajes de inversión e influyen en los laudos arbitrales; la protección de los derechos humanos y el medio ambiente en los tratados de inversión y en los laudos arbitrales; y la posición del Estado y de la población ante la imposición de laudos arbitrales provenientes de tribunales extranjeros.

En el primer capítulo del presente trabajo se abordará la historia del derecho internacional de inversiones y del arbitraje de inversión, y la posición que tienen estas instituciones frente al derecho nacional. Planteamos la problemática de cómo el derecho internacional ha tenido influencia en nuestro derecho nacional. Además, explicaremos las discrepancias existentes entre el desarrollo de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones, este último adquiriendo más fuerza en los últimos años gracias al factor económico. Por lo tanto, en las primeras páginas de esta tesis, se expondrá cómo el derecho internacional de inversiones está cimentado sobre paradigmas que legitiman la hegemonía comercial europea y americana frente a los demás países. La diferencia entre un tratado en materia de inversión y uno de derechos humanos, y la posición de México ante las disyuntivas entre estas dos materias.

En el segundo capítulo nos adentraremos a explicar las funciones del erario público; la asimetría existente entre los inversionistas y el Estado y la participación ciudadana en los arbitrajes de inversión. Estos temas se justifican porque en los arbitrajes de inversión, cuando un Estado pierde la disputa contra un inversor, el tribunal arbitral a través del laudo ordena que el inversor sea indemnizado, el problema que planteamos es que el inversor puede demandar al Estado receptor por un amplio número de razones, desde expropiación hasta cualquier decisión que tome el Estado y que afecte los intereses del inversor (a esto en derecho internacional se le conoce como expropiación indirecta). Además, el monto de la indemnización en muchas ocasiones es muy alto y rebasa lo que designa el Estado receptor a ciertos sectores del gasto público, de ahí que el erario público sea mencionado. Por otra parte, a pesar de que con el dinero de los contribuyentes se pagan estas indemnizaciones, las personas desconocen de la existencia de estos arbitrajes o bien tienen poca participación en ellos por la secrecía con la que se llevan a cabo. En este trabajo, se retoma el concepto de interés legítimo para asentar la postura de esta tesis: el derecho que tienen los ciudadanos de ser parte en estos arbitrajes o de impugnar los laudos arbitrales que son emitidos.

El tercer capítulo menciona a las licencias y concesiones administrativas que emite el Estado en su facultad de poder de policía, más a la

evolución del derecho administrativo a través de la historia y, por último, a la protección al medio ambiente en las leyes de derecho internacional, en México y en el derecho comercial internacional. El objetivo de este tercer capítulo es conectar el poder de policía del Estado con la facultad que éste tiene de revocar una licencia o concesión a una empresa extranjera que este contaminando, y, por lo tanto, afectando el orden público. Por otro lado, hacemos mención de los pocos mecanismos que tienen los mexicanos de hacer efectiva la defensa al medio ambiente ante la contaminación generada por una empresa extranjera y la cada vez menor intervención del Estado en la regulación del comercio, lo que trae como consecuencia una mayor afectación al medio ambiente.

En el último capítulo, exploraremos la posición de Estados Unidos y de Europa en el marco del desarrollo del derecho internacional de inversiones y posteriormente, nos adentraremos en la posición que ha tomado América Latina en los últimos 30 años, misma que ha pasado de ser una zona cerrada al comercio internacional a una de las principales receptoras de inversión en el mundo. Sobre todo, a partir de la crisis de los años noventa que hizo abrir el mercado latinoamericano al mundo, a través de leyes que desregulaban derechos como el trabajo infantil, el salario mínimo, estándares de salud y seguridad, protección del medio ambiente, derechos sindicales, etc. Por lo anterior, cuestionamos si realmente la inversión extranjera favorece al desarrollo económico de los países receptores. Por último, sopesamos al derecho de inversiones frente a los derechos humanos analizando las cláusulas de protección a inversiones en los tratados de inversión, que establecen amplias protecciones a los inversionistas. Planteamos el problema de cómo el derecho de inversión y los derechos humanos han tenido un desarrollo divergente, que consecuentemente, afecta las decisiones de los árbitros en materia de inversión.

De esta manera, el problema de investigación que identificamos en esta tesis es la crisis de la soberanía de los Estados-nación a partir del surgimiento de la globalización económica y la subsecuente presión de las empresas multinacionales por razones de su cada vez mayor poder económico y menores limitaciones legales, a partir de la coacción económica para que los Estados no apliquen mecanismos de control de la legalidad a las actividades económicas extranjeras autorizadas. Asimismo, la hipótesis que sostenemos en el presente

trabajo es que el derecho internacional de inversión limita la participación democrática y administrativa para la defensa de los derechos humanos y del medio ambiente, a través de sus tratados de inversión y del arbitraje de inversión, a pesar de que este último impone el pago de indemnizaciones a los países anfitriones a costa del erario público.

El método que se utilizó en el desarrollo de esta tesis fue el análisis sistémico, esto implica analizar cada elemento del problema de investigación y las relaciones que éstos tienen entre sí. Todo esto, desde las perspectivas del análisis hermenéutico, lo que significa que se llevó a cabo una interpretación de la norma que regula la actuación administrativa con respecto a las actividades de las empresas transnacionales para la protección del medio ambiente.

La técnica de investigación es documental donde las fuentes son principalmente la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

1. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1.1. Antecedentes históricos del arbitraje de inversión

La finalidad de este apartado es explicar cómo ha sido el desarrollo del arbitraje de inversión, para esto empezaremos por explicar la historia del derecho internacional de inversiones, cuyos principios son aplicados al arbitraje de inversión, ya que éste último está englobado dentro del primero.

El derecho internacional de inversiones consiste en:

“Un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión.”¹

Gran parte de estas reglas para la protección de inversiones se encuentran reguladas en los tratados de inversión, estos, son tratados internacionales que firman dos o más Estados con el objetivo de atraer inversiones a su país.

El derecho internacional de inversiones es una rama compleja y dinámica con un desarrollo histórico inexplorado. De hecho, hasta antes de la firma del Tratado Bilateral entre Alemania y Pakistán en 1958 poco se sabe de esta materia. Sin embargo, anterior a esta fecha, se pueden encontrar los orígenes de esta rama en la expansión comercial europea que germinó del siglo XVII al siglo XIX.

Es importante señalar que este sistema surgió y fue establecido entre naciones europeas, de ahí que, el derecho internacional de inversiones evolucionó a través del colonialismo con el objetivo de proteger los intereses de los países exportadores de capital y sus nacionales, de esta manera, los principios del derecho de inversiones aclamaban universalidad e imparcialidad,

¹ <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> consultado: 12/11/17

sin embargo, *de facto* entretejían protección para los inversores y obligaciones para las naciones importadoras de capital para facilitar el flujo de inversiones.

Anterior al colonialismo, las naciones europeas crearon principios recíprocos para regular el comercio entre ellas. Al tener estas naciones un poder equitativo, las negociaciones se hacían en un contexto de igualdad. Sin embargo, al aplicarse estos principios a las colonias, donde había una marcada desigualdad entre europeos y colonizados, estas reglas de comercio se transformaron en herramientas de opresión, de intereses comerciales y de intervención militar. Así, la forma y contenido del derecho internacional de inversiones fueron esculpidos desde la visión europea, junto con sus concepciones de propiedad, riqueza, economía y regulación.

De esta manera no es sorprendente que el desarrollo de reglas internacionales para la protección de inversión extranjera estuviera estrechamente relacionado con los métodos de expansión comercial adoptados por Europa y Estados Unidos en los siglos XVIII y XIX². Estas reglas incluían el aseguramiento de tratados de navegación, la adquisición de concesiones, presión diplomática, jurisdicción extraterritorial y anexo de territorio.

Significativamente, este proceso de expansionismo político y comercial occidental fue facilitado por el derecho internacional.³ Por ejemplo, encontramos al predecesor de los Tratados Bilaterales de Inversión en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, cuyas cláusulas concedían privilegios comerciales recíprocos, pero también regulaban un rango amplio de materias relacionadas con el trato de los nacionales de los estados parte. Se enfocaban en la protección de los individuos y de sus propiedades, asegurando libertad de movimiento, derechos comerciales y concediendo trato nacional y trato de la nación más favorecida, permitiendo el acceso a puertos y confiriendo derechos de navegación a través de aguas territoriales. Estos tratados fueron paradigma para la creación de una red de tratados recíprocos y formaron un marco legal para la protección internacional de capital extranjero, que, a pesar de estar basados en principios de igualdad, cuando fueron implementados en los países

² Sornarajah, *The international law on foreign investment*. U.K. Oxford, 2004, P.18

³ Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. U.K. Oxford, 2013, P. 51

colonizados -y debido al debilitamiento político de los mismos- cada vez se hicieron interpretaciones más favorables para los comerciantes europeos. La incursión a la soberanía de los países colonizados se hizo cada vez mayor todo para generar un aumento de la actividad comercial. Mientras tanto, en los países que no fueron colonizados, una mezcla de diplomacia y fuerza aseguró que estos Estados no interfirieran con los intereses de los comerciantes europeos, creando el principio de extraterritorialidad para que los europeos se vieran protegidos por las leyes de sus propios Estados.

Esta gradual cimentación de control económico y político occidental fue un proceso complejo facilitado por: a) las concesiones de gran alcance otorgadas a los comerciantes extranjeros; b) la protección judicial extraterritorial a comerciantes europeos y estadounidenses; c) la imposición de tratados inequitativos. Un ejemplo de ello se encuentra en lo que fue la corporación multinacional más poderosa jamás vista en el mundo, la Compañía Británica de las Indias Orientales, esta compañía contaba con el amparo de Inglaterra para firmar tratados, anexarse territorio y para obtener acuerdos de concesión a través de los cuales obtuvo amplios tratos comerciales, inversiones y derechos judiciales dentro de los Estados anfitriones, todo esto legitimado por sus propias leyes. Las reglas evolucionaron para ventaja de los países capitalistas de occidente al momento de involucrarse con países no europeos, los países europeos eran exportadores de capital, los no europeos, receptores.

Ya ubicándonos en el Siglo XX, ante la crisis surgida después de la Segunda Guerra Mundial, se creó el Banco Mundial con la finalidad de fomentar y financiar proyectos, especialmente en países en vías de desarrollo. Para alcanzar dichos objetivos, se pensó que la mejor manera de lograr esto era mediante la inversión extranjera. Sin embargo, uno de los mayores obstáculos era que los países en desarrollo presentaban un clima político poco favorable para las inversiones.⁴

De manera paralela, las relaciones entre Estados Unidos y América Latina se encontraban en tensión por cuestiones ideológicas. La influencia del

⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*. México, DF, Porrúa, 2004, p.474

comunismo en América Latina dio lugar a la expropiación de empresas extranjeras que era justificada sobre las bases de la filosofía económica. Esto inició un debate entre los abogados internacionalistas para acordar los estándares que deberían de ser satisfechos para hacer las interferencias con la propiedad extranjera aceptable en términos de la ley internacional⁵. Los Estados latinoamericanos defendieron la aplicación de sus propias leyes en los conflictos de inversión, esto dio lugar al surgimiento de la *Doctrina Calvo* que establece que, los extranjeros no pueden recibir un trato más favorable que los nacionales:

*“Cuando un extranjero realiza una actividad económica en el exterior debe aceptar las leyes del Estado sede.”*⁶

Contrario a lo establecido en la *Doctrina Calvo*, los norteamericanos defendían los principios del estándar mínimo internacional, este estándar permite que las actuaciones del Estado con respecto a las inversiones extranjeras sean revisadas de acuerdo con las leyes del derecho internacional y no desde el derecho local o interno. Mismo que era afín con la creación -por parte del Banco Mundial- de un foro internacional imparcial que protegiera las inversiones extranjeras ante las acciones arbitrarias de los Estados.

Finalmente, prevaleció el estándar mínimo internacional sobre la *Doctrina Calvo* y como consecuencia, se desarrollaron los mecanismos internacionales de solución de controversias, como el arbitraje, y con ello, se crearon reglas que debían de ser cumplidas para que existiera una interferencia válida de la propiedad extranjera. Bajo estas ideas nació la *fórmula Hall*, dicha fórmula sostiene que una expropiación lícita bajo derecho internacional debe realizarse mediante compensación por los bienes expropiados que sea “pronta, adecuada y efectiva”. Estos estándares definieron la protección a inversiones del presente.

Hasta antes de 1959, las relaciones entre inversionistas extranjeros y Estados eran reguladas por el derecho internacional público. Cuando el inversionista extranjero estaba inconforme con alguna acción del Estado

⁵ Ídem. p.460

⁶ Hernández, José, “Control judicial, justicia administrativa y arbitraje internacional de inversiones reflexiones desde el derecho administrativo iberoamericano” <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/JCA-e-inversiones-JIHG-Final-Rev.pdf>. consultado: 24/08/17

anfitrión, tenía dos opciones: a) demandar al Estado ante los tribunales locales o b) solicitar a su Estado de origen protección diplomática. Pero a partir del tratado de inversión firmado entre la República Federal Alemana y Pakistán, se acordó arreglar las diferencias mediante arbitraje. De manera paralela, en 1966 se creó el Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones, CIADI⁷ (de la cual se hablará más a detalle en las próximas páginas). Así surgió un mecanismo solucionador de las controversias entre un Estado contratante y un inversor, sin necesidad de agotar las instancias judiciales del Estado receptor.

Este mecanismo, en la actualidad se encuentra en su auge, ya que en promedio se presentan seis casos por mes ante el CIADI, a pesar de esto, el conocimiento que el ciudadano promedio tiene de estos arbitrajes es muy limitado por no decir inexistente. Sostenemos que, la secrecía con la que se llevan a cabo estos arbitrajes está ligada a su naturaleza de salvaguardar los intereses de los inversores además del enfoque de derecho privado que los árbitros sostienen al momento de resolver los arbitrajes. Por esto, consideramos necesario explicar qué es y cuál es la naturaleza de los arbitrajes de inversión.

1.2. ¿Qué es el arbitraje de inversión? Naturaleza jurídica del arbitraje de inversión

Como se mencionó en el primer apartado, el arbitraje de inversión surge del derecho internacional de inversiones como una herramienta para resolver las disputas entre el inversor y el Estado receptor de la inversión.

Encontrar lo que es arbitraje *lato sensu* trae consigo debates académicos que no han logrado consenso. En palabras de González de Cossío:

*“El arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia.”*⁸

Asimismo, para Briseño Sierra un arbitraje se presenta cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero y

⁷ García Bolívar, Omar “Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones” <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>
Consultado: 01/09/17

⁸ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*. México, DF, Porrúa, 2008, p.2.

tiene como características distintivas: la discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito.”⁹

A pesar de que el arbitraje estuvo en desuso en la primera mitad del Siglo XX, en el presente ha sido una herramienta y, a su vez, una creación del comercio internacional, ello radica en la posibilidad que tienen las partes de escoger un juez y en la falta de requisitos procesales que permiten un proceso más rápido y eficiente. Al respecto Briseño Sierra señala:

*“Se ha dicho que el arbitraje es un procedimiento más rápido que el judicial, menos solemne y formalista, y más privado o secreto por contraste con el proceso público. También se ha afirmado que suprime y abrevia plazos, de donde resulta una economía de tiempo y trabajo para los mismos tribunales; favorece la transacción y disminuye la litigiosidad, evita el escándalo de ciertos juicios y reduce los abusos de los medios de defensa; atempera la animadversión de los litigantes vencidos, ennoblece la misión del jurisconsulto que dirige sus esfuerzos a la prevención de las disputas y mejora la sustanciación del procedimiento.”*¹⁰

El arbitraje es un método de solución de controversias que puede aplicarse en diferentes ramas del derecho, de ahí que el arbitraje se clasifique en distintos tipos, sin embargo, para efectos de esta tesis dividiremos al arbitraje en dos grandes tipos: público y privado. A su vez cada uno de éstos los clasificaremos en nacional e internacional. Dentro del arbitraje público nacional encontraremos, por ejemplo, a la junta de conciliación y arbitraje; dentro del arbitraje público internacional encontraremos el arbitraje entre Estados. Por otro lado, en el ámbito privado en la esfera nacional ubicamos al arbitraje en materia civil o comercial; en el internacional, al arbitraje internacional comercial.

JCA

⁹ Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el derecho privado*. México, U.N.A.M., 1963, p. 23.

¹⁰ Ídem. p.23

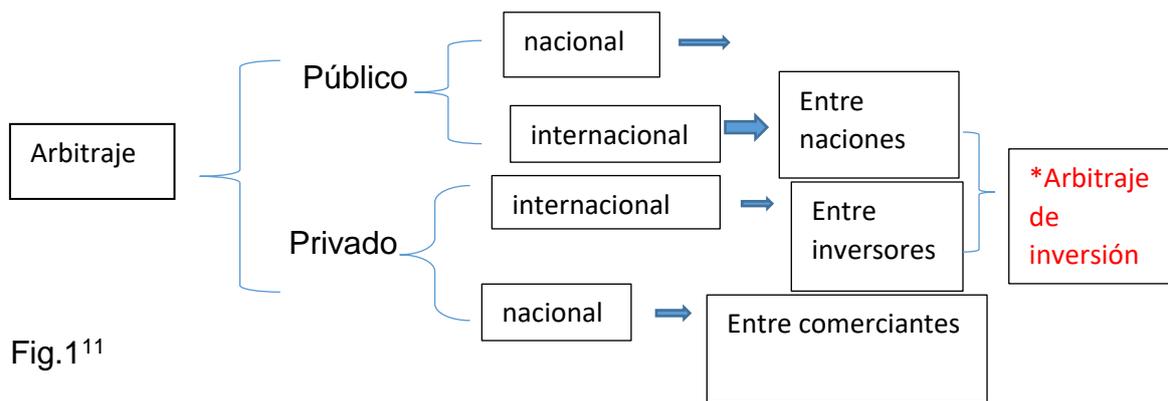


Fig.1¹¹

Como se puede observar en la figura 1, dentro de la clasificación de arbitraje, el arbitraje de inversión se encuentra *en medio* entre derecho internacional público y derecho internacional privado. La causa de esta naturaleza mixta se encuentra en los tratados de inversión, ya sean bilaterales o multilaterales, que se firman entre dos o más Estados con la finalidad de proteger a los inversionistas de un Estado contratante contra las posibles acciones arbitrarias del otro Estado contratante. Esto implica que, cuando se viola alguna cláusula establecida en los tratados de inversión, el inversor -como sujeto privado- puede demandar al Estado receptor de la inversión ante el tribunal arbitral según lo establecido en el tratado de inversión. Con lo anterior, se define al arbitraje de inversión como:

“Mecanismo para solucionar disputas entre un Estado contratante... y un inversionista de otro Estado contratante, mediante arbitraje.”¹²

A continuación, se abordan tres teorías que se sumergen en la naturaleza del arbitraje *lato sensu*. Dichas teorías explican el arbitraje desde el *deber ser*, sin embargo, se explicará cuál de ellas se considera se apega más a la naturaleza del arbitraje de inversión y cuál se cree debería ser aplicada en los arbitrajes.

La primera de ellas es la jurisdiccional, dicha teoría señala que los jueces y los árbitros tienen funciones análogas, por lo tanto, es función del Estado

¹¹ Elaboración propia

¹² García Bolívar, Omar, “Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones” <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>
Consultado: 01/09/17

controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción, juzgará los acuerdos arbitrales en función a la ley nacional.

La segunda de ellas -que para efectos de esta tesis es la que interesa- es la teoría contractual, que manifiesta que el arbitraje es un acuerdo de voluntades:

“La esencia del arbitraje, sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada presencia de la voluntad de las partes.”¹³

Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y alegan que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes. Todo el procedimiento contractual está basado en acuerdos contractuales. Si apelamos a la definición que hace Hans Kelsen¹⁴ de tratado como convención, cuyos elementos esenciales radican en un acuerdo de voluntades entre dos o varios sujetos que se expresan a través de un documento, o sea, si se ve al tratado internacional y por lo tanto a las cláusulas arbitrales como a un contrato, efectivamente el arbitraje tiene naturaleza contractual. De esta manera, se considera que el arbitraje de inversión se ha apegado a la teoría contractual, como tal, pretende que el Estado y el inversionista están en un papel de igualdad y utiliza este criterio para resolver controversias. Las resoluciones de los árbitros se apegan a lo que las partes acordaron en el tratado y toman al Estado como un sujeto más en el proceso sin considerar su naturaleza pública.

Diversos laudos arbitrales, en materia de inversiones, reflejan la concepción contractual que los árbitros tienen del derecho arbitral. Sus resoluciones se apegan a lo que las partes acordaron en el tratado sin considerar las leyes del Estado anfitrión ni otros tratados internacionales como los de derechos humanos y medio ambiente.

La tercera de las teorías es la mixta o híbrida, ésta señala que el arbitraje tiene elementos tanto de derecho privado como público. El arbitraje no puede apartarse de todos los sistemas jurídicos, tiene que existir un derecho que pueda determinar la validez de la sumisión al arbitraje y la ejecutividad del laudo.

¹³González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*. México, DF, Porrúa, 2008, p.16

¹⁴ Kelsen, Hans, “El contrato y el tratado: analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho”, México, D.F, Ediciones Coyoacán, 2004, p. 29

“Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal la decisión del árbitro no tiene dicho poder público.”¹⁵

La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, mas ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida. Esta teoría converge las dos teorías anteriores para generar un balance entre el derecho del Estado de salvaguardar el orden público y el derecho de los particulares de ejercer su libertad contractual. Desde la perspectiva de este trabajo, la teoría mixta debería ser el *deber ser* del arbitraje de inversión, de tal manera que el interés público influya en los arbitrajes de inversión para que de esta manera se democratizen estos arbitrajes. No se puede perder de vista el interés público, ya que los laudos arbitrales tienen peso sobre la población de un Estado, más cuando se trata de materia ambiental que -como bien público- existe un interés legítimo de los ciudadanos de protegerlo y defenderlo ante industrias extranjeras que contribuyan a la degradación ambiental.

Por último, encontramos a la teoría autónoma: esta teoría es de reciente creación y afirma que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, de carácter autónomo. La teoría autónoma fue desarrollada por Rubellin-Devichi quien sostenía que el carácter del arbitraje podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades.¹⁶ La teoría autónoma observa al arbitraje *per se*, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace. Se podría decir que dicha teoría se limita a describir al arbitraje más que a definir su naturaleza.

Como se puntualiza en el esquema de la figura 1, el arbitraje de inversión tiene características mixtas. Miguel Rábago¹⁷ define al arbitraje en materia de inversiones como un sistema mixto que puede ser accionado por un particular

¹⁵ González de Cossío, Francisco, *“Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: homenaje a don Raúl Medina Mora”* <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NATURALEZA%20JURIDICA%20DEL%20ARBITRAJE%20HOMENAJE%20A%20RAUL%20MEDINA%20MORA.pdf> Consultado: 27/10/17

¹⁶ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*. México, DF, Porrúa, 2008, p.16

¹⁷ Dorbecker, Miguel, “El sistema híbrido de arbitraje en materia de inversiones: ¿más público que privado? Implicaciones de transparencia, acceso a la información, corrupción y rendición de cuentas en el arbitraje en materia de inversiones”, *Centro de investigaciones jurídicas UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/12.pdf>. Consultado: 03/02/17

en contra de un Estado por actos de expropiación o equivalente a expropiación, esta característica parece situarlo en un limbo entre lo público y lo privado.

Por un lado, el arbitraje de inversión encuentra sus orígenes en el arbitraje comercial internacional, muchos de sus principios se encuentran en esta rama del derecho internacional privado, sin embargo, el acuerdo arbitral es redactado en un tratado de inversiones que tiene sus fundamentos teóricos en el derecho internacional público.

Por ejemplo, algunos de los principios de arbitraje comercial internacional que aplican en el arbitraje de inversión son: a) flexibilidad: el procedimiento arbitral está diseñado por acuerdo de las partes, en función de sus necesidades. Las reglas son flexibles, el procedimiento tiene menos formalidades y es menos contencioso; b) rapidez: no existe recurso de apelación (o es el mismo tribunal el que resuelve) y c) confidencialidad: en el arbitraje no existe la obligación de publicar el estado del procedimiento y las decisiones que toman los árbitros.¹⁸ El principio de confidencialidad permite que los arbitrajes de inversión se lleven de manera secreta impidiendo la participación e/o información de los ciudadanos en el arbitraje. Asimismo, los laudos no generan precedente por lo cual, aunque dos casos sean similares, se pueden tener laudos totalmente diferentes.

En la actualidad el arbitraje de inversión ha tomado tal fuerza, que algunos juristas como José Ignacio Hernández¹⁹ consideran al arbitraje como el análogo internacional del Tribunal Contencioso Administrativo. Explican que, así como el contencioso administrativo se encarga de dirimir conflictos entre el Estado y el ciudadano, los tribunales de arbitraje de inversiones dirimen controversias entre Estado e inversores, sin embargo, con un poder económico y político aún más fuerte que los Tribunales Contenciosos Administrativos.

"Los principios comunes de los sistemas generales de Derecho administrativo son, en mi opinión, un punto importante de referencia en la

¹⁸ Beltrán Baldares, Leonardo, "Praxis del acuerdo arbitral" file:///C:/Users/andy/Downloads/21607-19289-1-PB.pdf. Consultado: 05/11/17

¹⁹ Hernández, José, "Control judicial, justicia administrativa y arbitraje internacional de inversiones: reflexiones desde el derecho administrativo iberoamericano" <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/JCA-e-inversiones-JIHG-Final-Rev.pdf>. Consultado: 25/08/17

*interpretación de los tratados de inversiones, en tanto la jurisprudencia de los Tratados de inversiones no está, todavía, firmemente establecida."*²⁰

La visión que José Ignacio Hernández tiene acerca de los arbitrajes de inversión permite advertir el poder que los arbitrajes de inversión han adquirido en los últimos años, un poder que lo hace equiparable a un Tribunal Contencioso Administrativo internacional, pero aún con una mayor fuerza económica por tener el respaldo del Banco Mundial, misma institución que fomenta la inversión extranjera y, por lo tanto, a los inversores. Un tribunal administrativo "mundial" que se rige por las reglas del libre mercado, y que está alejado de los habitantes de los países que lo soportan a pesar de que sus decisiones tienen una repercusión importante en la vida de estos.

1.3. Autonomía de la voluntad

En gran parte del Siglo XX, los Estados fijaron una política social que buscara garantizar el Estado de bienestar, esto requería que el Estado interviniera en los actos de los particulares con la finalidad de generar mayor equidad entre los ciudadanos. A finales del siglo pasado esto cambió y los países fueron adoptando políticas internacionales neoliberales ante la idea de que una libre transferencia de capital y una menor regulación por parte de los Estados iba a traer un mayor beneficio social. Así, con el establecimiento del capitalismo económico como único paradigma económico, las relaciones privadas fueron adquiriendo más fuerza y ello implicó una prevalencia de las relaciones contractuales. Como resultado de lo anterior, el derecho internacional de inversiones se desarrolló de manera sustancial en los últimos años del Siglo XX.

Coincidimos con Souza Santos cuando hace referencia a los efectos que el capitalismo tiene sobre el derecho, desde el análisis de este autor, el derecho se ha ido "*contractualizando*", es decir, se le ha dado mayor énfasis a la voluntad de las partes- *a las relaciones económicas*- que a la intervención del Estado y al orden público.

Bajo este razonamiento, consideramos que el arbitraje de inversión, por ser parte del derecho internacional de inversiones es un ejemplo de este

²⁰ Ídem

fenómeno de *contractualización* del derecho donde tiene más peso el acuerdo de voluntades a través de la autonomía de la voluntad.

“El arbitraje es un medio de solución de conflictos asentado en la autonomía de la voluntad de las partes.”²¹

De acuerdo con Borja Soriano la autonomía de la voluntad se refiere a aquella libertad que tienen las partes de celebrar contratos y fijar los términos y condiciones de estos, siempre que no vayan en contra del orden público. Bajo este principio, las partes pueden válidamente pactar todo tipo de derechos y obligaciones sin que el Estado intervenga.²² De esta manera, la autonomía de la voluntad es la piedra angular de la libertad contractual.

“El principio de la autonomía de la voluntad...es el sustento de la institución del arbitraje y se erige en un principio capital en el mundo globalizado, en el que aspira a un papel propio, definidor de nuevas realidades jurídicas y de nuevos procedimientos de solución de conflictos a través de la armonización de los intereses en presencia.”²³

Diversos principios prueban la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en el arbitraje, por ejemplo: la autonomía de la cláusula arbitral; el principio “*kompentz-kompetenz*” que indica:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.”²⁴

Este principio implica la reducción del control de las jurisprudencias estatales, pero el aumento de la libertad que tienen las partes para decidir los árbitros, el procedimiento y el derecho aplicable al fondo de la controversia.

²¹ Fernández Pérez, Ana, “Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje”, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, Castilla la Mancha, 2016.

https://www.researchgate.net/profile/Ana_Fernandez_Perez/publication/290974104_Contornos_de_la_autonom'ia_de_la_voluntad_en_la_configuracion_del_arbitraje/links/57c02c7208aeda1ec3878b66.pdf?origin=publication_list. Consultado: 15/02/17

²² Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*. Estado de México, Pereznieta, 1994, p. 86

²³ Fernández Pérez, Ana, “Contornos de la autonomía de (...)” Op.Cit. 18

²⁴ “El principio kompetenz-kompetenz”, Asociación europea de arbitraje <https://todosobrearbitraje.wordpress.com/2014/07/25/el-principio-de-kompetenz-kompetenz/> Consultado: 8/9/2017()

Ejemplos del amparo que dan las leyes nacionales a la autonomía de la voluntad se pueden encontrar en el Código de Comercio mexicano, donde las partes tienen la libertad de establecer: a) el plazo dentro del cual se deberá tramitar el proceso arbitral; b) número y nacionalidad de los árbitros; c) lugar donde se arbitrará; d) la posibilidad de renunciar al recurso de apelación; e) la libertad del árbitro para elegir la ley aplicable; f) lugar, tiempo, idioma; g) procedimiento de recusación; h) medidas precautorias; i) renuncia a periciales; j) establecimiento de cualquier procedimiento arbitral, etc.

Por estas características señaladas, el arbitraje permite que las leyes nacionales en los conflictos en materia de inversión tengan poca intervención, de esta manera, los árbitros juzgan exclusivamente según lo acordado en los tratados dándole una consideración somera a las leyes nacionales. Lo anterior es así, porque estos principios de arbitraje se desarrollaron bajo la esfera del derecho civil y del derecho internacional mercantil, es decir, derecho privado. Al aplicarse estos mismos principios al derecho internacional de las inversiones, se toma al Estado como un sujeto más del derecho privado, sin considerar que el Estado está conformado por Gobierno y población, y que, por lo tanto, cualquier decisión arbitral puede afectar el orden público que el Estado debe salvaguardar.

Como se mencionó al principio de este apartado, a este fenómeno de privatización de las relaciones públicas Souza Santos lo denomina *contractualización*, es decir, el contrato civil rige las relaciones laborales o las relaciones políticas entre el Estado y las organizaciones sociales.

“Se trata, de una contractualización liberal individualista, basada en la idea del contrato de derecho civil celebrado entre individuos y no en la idea de contrato social como agregación colectiva de intereses sociales divergentes. El Estado, a diferencia de lo que ocurre con el contrato social, tiene respecto a estos contratos de derecho civil una intervención mínima: asegurar su cumplimiento durante su vigencia sin poder alterar las condiciones o los términos de lo acordado.”²⁵

²⁵ De Sousa Santos, Boaventura, *Reinventar la democracia: reinventar el estado*, 2ª.ed., Quito, Instituto latinoamericano de investigaciones sociales, 2004.

Este proceso de *contractualización* va de la mano con la globalización económica y el triunfo del capitalismo.

“Los actores participantes del proceso de globalización poseen carácter desigual, siendo preponderante en su evolución la influencia de los gobiernos de los países desarrollados y las empresas multinacionales. Luego, en menor medida interactúan los gobiernos de los países en desarrollo y las organizaciones no gubernamentales.”²⁶

Es común que los tratados de inversión sean firmados entre países desarrollados y países en desarrollo, teniendo los primeros mayor poder económico y político, con el objetivo de que empresas que igualmente tienen un poder económico y político considerable, inviertan en los países en vías de desarrollo. En caso de que el inversor no esté de acuerdo con alguna política adoptada por el Estado anfitrión por afectar sus intereses, éste puede demandar ante un arbitraje internacional, establecido por un acuerdo de voluntades, al Estado. Los árbitros se apegarán a lo establecido en el tratado.

Consideramos que, el arbitraje en materia de inversión no se puede limitar meramente a una visión contractualista, sin embargo, para que sea posible esto, los árbitros deben tener conocimiento no sólo de derecho comercial, sino también de derechos humanos. Además, consideramos que debe existir un recurso de revisión para que los laudos de los árbitros puedan ser revisados, ya que en la actualidad los laudos sólo son revisados por el mismo CIADI o Convención de Nueva York, por esto, en el siguiente apartado nos enfocaremos en describir cómo se ejecutan estos laudos.

1.4. Ejecutividad de los laudos

En el desarrollo de este apartado nos centraremos en describir cómo se ejecutan los laudos provenientes de los arbitrajes internacionales, ya que nos parece pertinente explicar éstos para subrayar la poca intervención que tienen los Estados para revisar los laudos de estos mecanismos. Haremos mención únicamente a lo estipulado en la Convención de Nueva York, en el CIADI y el

²⁶ Fernández Lamela, Pablo, “Globalización y derecho público. Introducción al derecho administrativo internacional” <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/7.pdf> Consultado: 30/07/2017

Mecanismo Complementario del CIADI, este último se aplica cuando alguno de los Estados signatarios no ha ratificado el CIADI, como es el caso de México. Estas tres instituciones de arbitraje son las más utilizadas en materia de inversión.

La Convención de Nueva York determina que es obligación de todos los Estados suscritos aplicarla de forma adecuada, de lo contrario, se comprometen a responsabilidad internacional. Los Estados que son parte se han comprometido a reconocer los acuerdos y los laudos arbitrales en los términos y cumpliendo los fines del tratado, teniendo la obligación de no establecer requisitos más gravosos que los impuestos a los laudos arbitrales nacionales. De esta manera, la responsabilidad de hacer que los acuerdos y laudos arbitrales se cumplan recae en el Poder Judicial de los Estados parte del Tratado, es decir, son los jueces quienes tienen la posibilidad de desarrollar a través de sus decisiones, el alcance y la efectividad de la Convención, desde el punto de vista práctico.

Los jueces nacionales en representación del Estado signatario tienen la obligación de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo tercero de la Convención. Salvo que se determine que una o más de las causales de denegación establecidas en el artículo quinto.

En el artículo cuarto de la Convención se establece los requisitos formales para que se reconozca un laudo arbitral extranjero:

- (i) Presentar documentos originales, o copias auténticas;
- (ii) Las traducciones en caso de ser necesarias;
- (iii) El contenido y alcance de la solicitud de reconocimiento.

Una vez que el solicitante haya cumplido con los requisitos antes mencionados, se iniciará trámite de reconocimiento de sentencia por juez competente. Esta etapa se caracteriza por:

- (i) La no revisión del fondo de la discusión;
- (ii) La taxatividad de las causales de denegación;

- (iii) La carga de la prueba en cabeza del demandado de las causales contempladas en el artículo;
- (iv) La existencia de causales que puedan ser decretadas de oficio por las Cortes Nacionales previstas en el artículo y;
- (v) La facultad de las Cortes Nacionales para otorgar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral, aun existiendo una causal que permita la denegación de este.

Como regla general, quien pretende el reconocimiento de un laudo extranjero sólo tiene que probar la existencia de éste y el pacto arbitral que soporta la decisión. O sea, el Estado ejecutor sólo se limita a ejecutar el laudo sin entrar en la controversia de fondo.

En consecuencia, a quien le corresponde demostrar que el reconocimiento debe ser denegado es a la parte demandada, en contra de quien se pretende reconocer el laudo o sentencia arbitral.

Por otra parte, el CIADI establece la obligatoriedad del laudo arbitral para todas las partes en el procedimiento. Las partes deben cumplirlo según lo dispuesto en el artículo 53(1) del Convenio del CIADI:²⁷

“El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.”²⁸

Si una parte no cumple con el laudo, la otra parte puede procurar el reconocimiento y la ejecución de las obligaciones pecuniarias en los tribunales de cualquier Estado miembro del CIADI como si se tratara de una sentencia firme de los tribunales de dicho Estado.²⁹ Artículo 54(1):

²⁷ “International centre for settle of investment disputes” <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/parta-chap04.htm#s06> Consultado: 05/ 04/17

²⁸ Ídem

²⁹ “Reconocimiento y ejecución: arbitraje en virtud del mecanismo complementario”, *Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones*, [https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Recognition-and-Enforcement-\(AF-Arbitration\).aspx](https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Recognition-and-Enforcement-(AF-Arbitration).aspx) Consultado: 06/04/17

“Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.”³⁰

El artículo 54(1) permite que cualquier Estado miembro del CIADI ejecute un laudo proveniente de un tercer país. De esta manera, por ejemplo, Canadá puede ejecutar en México un laudo proveniente de Estados Unidos sin entrar al fondo del asunto.

De conformidad con el Mecanismo Complementario del CIADI, todo laudo dictado en concordancia con el Reglamento del Mecanismo del CIADI es obligatorio para todas las partes en el procedimiento.³¹ Artículo 52(4):

“El laudo será definitivo y obligatorio para las partes. Las partes renuncian a cualquier plazo que para la expedición del laudo pueda fijar la ley del país en que se dicte.”³²

Si una parte no cumple con el laudo, la parte vencedora puede solicitar que el laudo sea reconocido y ejecutado en los tribunales locales.

A diferencia del Convenio del CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario no contiene un mecanismo de reconocimiento y ejecución. Por lo anterior, el reconocimiento y ejecución se rige por el derecho del lugar del arbitraje, incluidos los tratados aplicables.³³ Asimismo, es aplicable lo dispuesto

³⁰ibidem

³¹ídem

³² “CIADI, reglamento del mecanismo complementario”, *Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones*, Washington, D.C., EE.UU., 2006, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/AFR_%202006%20Spanish-final.pdf
Consultado: 06/04/17

³³ “Reconocimiento y ejecución (...)” Op.Cit.

en la Convención de Nueva York en lo relativo a reconocimiento y ejecución de laudos.

De acuerdo con el AEUMC, la ejecución del laudo se realizará por la parte contendiente interesada de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En términos generales, los laudos arbitrales son obedecidos y cumplidos por las partes sin mayor contra tiempo. El cumplimiento voluntario es la regla y la ejecución coactiva la excepción. Esta característica no es sorprendente si se toma en consideración que el CIADI recibe apoyo del Banco Mundial, lo que significa que, si un Estado se niega a ejecutar un laudo de esta institución, puede quedar sin ayuda financiera del Banco Mundial. En conclusión, el Estado ejecutor ante un laudo violatorio de las normas constitucionales de su país o de otro tratado internacional, se ve en la disyuntiva de acatar el laudo, pero ir en contra del orden público o bien, no acatar el laudo, pero tener una sanción económica por parte del Banco Mundial. Con lo cual, el Estado está atado de manos, y queda a la merced de las instituciones de derecho internacional.

Si bien el artículo 5 numeral II fracción b de la Convención de Nueva York establece que puede negarse el reconocimiento de un laudo extranjero siempre que dicho laudo sea contrario al orden público del país en el cual se pretende su reconocimiento, la definición de orden público está poco desarrollada en el derecho internacional, debido a las diferencias conceptuales que existen en los diferentes países. González de Cossío³⁴ menciona al respecto:

“Un laudo puede ser anulado o su ejecución negada en caso de que sea contrario al orden público. El concepto y alcance de esta causal ha sido el dolor de cabeza de judicaturas diversas. El motivo obedece a lo complejo y fluctuante de la noción.”

Ante tal ambigüedad, la tendencia en el Derecho internacional de inversiones ha sido ejecutar el laudo. Por lo cual, meditados que debe ser en los

³⁴ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*. México, DF, Porrúa, 2004, p.7

tratados de inversión donde se establezcan cláusulas concretas donde se salvaguarden derechos fundamentales.

2. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

2.1. Marco normativo del arbitraje de inversión

Como se puede deducir de la lectura de los apartados anteriores, el CIADI y la Convención de Nueva York son las instituciones principales que llevan la mayoría de los arbitrajes en materia de inversión. Sin embargo, en menor medida, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en La Haya, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), así como dos organizaciones comerciales: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París y la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) también resuelven controversias con regularidad.³⁵ En este apartado nos enfocaremos en explicar las instituciones del CIADI y de la Convención de Nueva York por lo referido con anterioridad, aunque como se señaló en páginas pasadas, México no forma parte del CIADI, por lo tanto, también se describirá al Mecanismo Complementario de manera sucinta.

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) se adoptó en 1958. Esta Convención fue el catalizador más importante para el desarrollo de las reglas del arbitraje internacional porque establece un régimen tanto uniforme como mínimo para el reconocimiento y ejecución internacional tanto de acuerdos como laudos arbitrales por tribunales nacionales. En la actualidad y durante las últimas cuatro décadas, la Convención de Nueva York constituye los cimientos del arbitraje comercial internacional.³⁶ Los Estados que decidan someterse al arbitraje de esta Convención están constreñidos a reconocer los acuerdos arbitrales y los laudos en los términos y cumpliendo los fines del tratado.³⁷ Los jueces nacionales en representación de los Estados signatarios tienen la obligación bajo el artículo tercero de dicha Convención de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales, salvo que se determine una o más de las causales de denegación.

En 1971 México empezó a formar parte de la Convención de Nueva York. Cabe mencionar, que México se adhirió a la Convención sin reserva de

³⁵ Eberhardt, Pía; Olivet, Cecilia, "Cuando la injusticia se vuelve negocio", *Corporate Europe Observatory y Transnational Institute*, Bruselas, 2012, P. 14

³⁶ González de Cossío, Francisco, "Arbitraje (...)" Op.Cit. p.7

³⁷ Bouchenaki, Amal et al., "La convención de nuevo york. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público", en Mc Lean, Magaly, Moreno Valle, Jaime (pub.), *Arbitraje comercial internacional: reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Canadá, Organización de los Estados Americanos, pp. 63-86 http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_reconocimiento_y_ejecucion_de_sentencias_y_laudos_arbitrales_extranjeros_2015.pdf Consultado: 10/03/2017

reciprocidad y mercantilidad, por lo tanto, los jueces tienen la obligación de ejecutar laudos de países que no forman parte de dicha Convención.³⁸ Aquí la Convención de Nueva York discrepa del Mecanismo del CIADI, ya que en este último no se pueden ejecutar sentencias de países que no sean parte del CIADI.

El Convenio del CIADI fue promovido por el Banco Mundial en 1965, como se mencionó en los antecedentes, muchos países recién independizados y en desarrollo buscaron reafirmar su soberanía mediante políticas proteccionistas, esto estimuló la creación de una institución neutral e imparcial para generar confianza en los inversores de invertir en los países en desarrollo:

“Se deseó establecer instituciones que fomentaran las inversiones tanto públicas como privadas para el desarrollo de los países. Con la finalidad de lograr dicho objetivo y brindar un foro neutral que asista en la solución de controversias que de ello pueden surgir se concibió el mecanismo del CIADI.”³⁹

El objetivo del CIADI es facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados contratantes del Convenio CIADI a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controversias mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación o arbitraje.

El arbitraje del CIADI, de conformidad con el Convenio de Washington, es un ejemplo de procedimiento de arbitraje regulado únicamente por el derecho internacional en lo relativo al procedimiento arbitral. Una de las características de este arbitraje es el impedimento de los tribunales nacionales para decidir sobre la anulación de un laudo arbitral del CIADI. Las únicas posibilidades de presentar un recurso contra un laudo del CIADI son ante el propio centro a través de la aclaración, revisión y anulación.

³⁸Garza Magdaleno, Fernanda, “El Arbitraje en México”. *Centro de Derecho Económico-ITAM*. <http://cdei.itam.mx/GarzaArbitraje.pdf> Consultado: 22/11/2016

³⁹ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*. México, DF, Porrúa, 2004, p.7

“El someterse al arbitraje del CIADI lleva consigo una renuncia a la inmunidad soberana en cuestiones de jurisdicción.”⁴⁰

Se considera en esta tesis una desventaja el hecho de que los países no puedan recurrir a otras instituciones para revocar un laudo del CIADI, resulta difícil pensar que la institución va a resolver de manera sustancialmente diferente los laudos que ya emitió. La institución se vuelve juez y parte, y esto le da un poder que ningún tribunal en México tiene (se considera una ventaja que a México le aplique el Mecanismo Complementario ya que, en éste, los laudos sí pueden ser revisados, modificados y anulados por los tribunales nacionales del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje).

El Mecanismo Complementario del CIADI se creó por la necesidad de tener un mecanismo que arreglara las controversias entre Estados que no formaran parte del CIADI y Estados que sí formaran parte de éste.

El 27 de septiembre de 1978 el Consejo Administrativo del CIADI aprobó las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, con lo cual, el CIADI puede administrar procedimientos que originalmente están fuera de su jurisdicción. Es importante mencionar que, ninguna de las disposiciones del Convenio del CIADI serán aplicables a los procedimientos arbitrales en cuestión, por lo que, los procedimientos y laudos arbitrales no estarán aislados del derecho local y la ejecución del laudo estará regida por la ley del foro.⁴¹

2.2. La negociación de las cláusulas de arbitrales

La voluntad de los Estados de someterse a arbitraje se da como tal en los tratados de inversión. Es ahí donde se establecen las reglas bajo las cuales se va a regular el arbitraje, así como qué mecanismos se van a utilizar. A modo de ejemplo citaremos el tratado de inversión firmado por México y España que, en su artículo XI estipula:

“...el inversor contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de conformidad con:

⁴⁰ Ídem. p.158

⁴¹ Ibidem. p.495

a) *el Convenio de CIADI, siempre que ambas Partes Contratantes sean Estados parte del mismo;*

b) *las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, cuando una de las Partes Contratantes, pero no ambas, sea Estado parte del Convenio de CIADI;*

c) *las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI;*

d) *cualesquiera otras reglas de arbitraje, si así lo acuerdan las partes contendientes.*

*2. El Convenio de CIADI o las reglas citadas regirán el arbitraje, salvo en la medida de lo modificado por esta Sección.*⁴²

Asimismo, el consentimiento de someterse a arbitraje viene establecido en el tratado:

Artículo XII:

*“...Cada Parte Contratante otorga su consentimiento incondicional para someter una controversia a arbitraje internacional de conformidad con los procedimientos establecidos en esta Sección.”*⁴³

De esta manera, la voluntad del Estado de someterse a arbitraje se da al momento de ratificar el tratado de inversión. De los 31 tratados de inversión analizados para efectos de este trabajo, la mayoría establecen los mismos requisitos para someterse a arbitraje y de esos, sólo tres no mencionan ni al CIADI ni a la Convención de Nueva York, pero sí al procedimiento ad-hoc donde el arbitraje es llevado por las partes y el árbitro, sin la intervención de una institución o centro de arbitraje.⁴⁴

En los tratados de inversión firmados por México, las cláusulas arbitrales se acordaron con los mismos motivos de establecer una institución imparcial que

⁴² Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y España, Secretaría de economía, octubre 2006, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2422/SE_espana_appri.pdf Consultado: 08/12/2017

⁴³dem

⁴⁴ Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el derecho privado*, México, U.N.A.M., 1963, p. 154

resuelva la controversia entre un Estado y un inversor para imposibilitar que la controversia sea resuelta ante un tribunal del Estado (hay que recordar los motivos por los cuales se crearon los mecanismos de arbitraje, mencionados en el apartado anterior y en los antecedentes). Por otro lado, el Estado al ratificar la Convención del CIADI o de Nueva York, se somete a lo que estipulen éstas, dejando poco espacio para modificaciones.

Es importante señalar que los convenios tienen un peso político y económico importante, por ejemplo, la Convención de Nueva York cuenta con sesenta Estados miembros y el CIADI con ciento ochenta y nueve países, esto significa que los países al momento de firmar un tratado de inversión probablemente tomarán la decisión de recurrir a alguno de estos mecanismos.

Aunado a lo anterior -como ya se mencionó- el CIADI es una institución del Banco Mundial lo que significa que sus laudos serán ejecutados por los Estados ante el temor de no recibir más apoyo económico del Banco Mundial, cosa que resulta intimidante para las naciones en vías de desarrollo que son las que más necesitan de inversión extranjera.

Se considera que, si bien la sujeción a una cláusula arbitral no representa por sí misma una intromisión al orden público del Estado, ya que se estima necesario tener un organismo que sea supranacional para que pueda resolver controversias de manera imparcial, es en los tratados de inversión donde se determinan los criterios que va a seguir el tribunal arbitral para resolver un litigio y estos criterios son tan amplios, en favor del inversionista, que dan lugar a que el inversor sea indemnizado por políticas gubernamentales que afecten sus inversiones. La solución a este problema parece claro, los Estados deben ser más rígidos al momento de acordar tratados de inversión, sin embargo, recordemos que uno de los objetivos principales para la creación del CIADI por parte del Banco Mundial fue atraer inversiones en los países en vías de desarrollo para impulsar su economía y a su vez generar confianza en los inversionistas de invertir en estos países dándoles una serie de ventajas contenidas en las cláusulas establecidas en estos tratados. A través de los años esto ha representado una doble desventaja para los países en vías de desarrollo, ya que tienen menor poder de negociación frente a países que sí tienen el poder

económico y a su vez quedan sujetos a laudos arbitrales que favorecen a empresas multimillonarias cuyas utilidades rebasan el PIB anual de estos países y que tienen la libertad de mover su inversión de un país a otro, generando incertidumbre en el país receptor.

2.3. Rasgos comunes del arbitraje de inversión en algunos tratados

Gran parte de los tratados de inversión estipulan que la solución de controversias se llevará a cabo a través de un órgano de arbitraje neutro,⁴⁵ según datos de la OECD, de una muestra de 1660 tratados bilaterales de inversión, sólo el 6.5% no contemplan al arbitraje como medio de solución.⁴⁶ En los tratados de inversión firmados por México, la mayoría enuncia al CIADI, al mecanismo complementario del CIADI y a la Convención de Nueva York como instituciones a las cuales el inversionista puede acudir en caso de presentar una controversia.⁴⁷ Solamente los tratados firmados con Cuba⁴⁸, Alemania⁴⁹ y Uruguay⁵⁰ hacen mención, únicamente, del arbitraje ad-hoc como método de resolución de conflictos.

La existencia de estos organismos de arbitraje internacional permite que el inversionista tenga acceso directo a un foro neutral en caso de una disputa entre él y el Estado anfitrión. Esta característica del arbitraje permite “despolitizar” las disputas, ya que se evita la intervención del Estado de origen del inversor.⁵¹

Resulta difícil que los inversionistas confíen en los tribunales del Estado anfitrión para presentar alguna demanda en contra de este. Así, el arbitraje en un Estado neutral ante un tribunal neutral se ha considerado el mejor método para asegurarle imparcialidad al inversor. Que los tratados de inversión apoyen

⁴⁵ Sornarajah, *The international law on foreign investment*. U.K. Oxford, 2004, P.249

⁴⁶ Pohl, Joaquín et al, “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, Oecd Publishing Paris, núm. 2012/02, 2012, pp. 58
<http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en> Consultado: 04/09/2017

⁴⁷ “Países con acuerdos y tratados firmados con México”, Secretaría de economía, <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico> Consultado: 04/09/2017

⁴⁸ “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y Cuba”, Secretaría de economía, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2419/SE_cuba_appri.pdf Consultado: 04/09/2017

⁴⁹ “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y Alemania”, Secretaría de economía, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2440/SE_alemania_appri.pdf Consultado: 04/09/2017

⁵⁰ “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y Uruguay”, Secretaría de economía, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2439/SE_uruguay_appri.pdf Consultado: 04/09/2017

⁵¹ Sornarajah, *The international law on foreign investment*. U.K. Oxford, 2004, P.249

al inversor constriñendo al Estado anfitrión a someterse a arbitraje, resulta un gran avance para la protección de inversiones.

Sería erróneo afirmar que existe un patrón uniforme en los tratados con respecto a la naturaleza de la obligación para someterse a arbitraje, al contrario, cada tratado estipula cómo se llevaran a cabo las disputas. La similitud, a primera vista, en muchas de las cláusulas es engañosa.⁵²

En todos los tratados firmados por México la negociación es considerada antes de llevar la disputa a arbitraje.⁵³ Este tipo de procedimientos preliminares se han convertido en la norma en la mayoría de los tratados de inversión. El 81% de los tratados que contemplan al arbitraje requieren de dichos procedimientos, mientras que un 8% de los tratados recomiendan utilizarlos. Más de treinta diferentes tipos de procedimientos han sido encontrados en los tratados. Un vasto número de tratados hace mención de resolver el conflicto de manera “amigable”, sin embargo, la mayoría son más concretos y establecen la negociación o la consulta:

“ARTÍCULO 11

Medios de Solución

1. La presente Sección aplicará a las controversias que se susciten entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante derivadas de un presunto incumplimiento de una obligación establecida en el Capítulo II del presente Acuerdo. Cualquier controversia debería, de ser posible, ser resuelta por vía de consulta.”⁵⁴

En el 90% de los tratados de inversión, se requiere que el inversionista respete un lapso antes de llevar una disputa, independientemente si decide presentar demanda ante tribunales locales o ante arbitraje internacional. En el caso de México, se da un periodo de seis meses para resolver el conflicto

⁵² Sornarajah, *“The international (...)”* Op. Cit., P.250

⁵³ Los países que contemplan la negociación son: China, Corea del Sur, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Grecia, India, Islandia, Italia, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Unión Belga, Uruguay, Alemania, Cuba, Francia, Argentina, Australia, Austria, Bahrein, Belarus y Kuwait <https://www.gob.mx/se/documentos/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico-acuerdos-internales-appri> Consultado: 04/09/2017

⁵⁴ “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México e India”, Secretaría de economía, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2426/SE_india_appri.pdf Consultado: 04/09/2017

mediante negociación, si después de seis meses no ha sido resuelto, entonces se recurre a arbitraje.⁵⁵

La siguiente cita fue tomada del tratado de inversión firmado entre México y Argentina con el fin de servir como ejemplo de lo que es común en varios tratados de inversión firmados en México:

“ARTÍCULO DÉCIMO

Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante receptora de la Inversión

1.- Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Acuerdo entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas o negociación...

3.- Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses contados a partir del momento en que hubiera sido planteada por la parte contendiente en cuestión, aquélla podrá ser sometida, a pedido del inversor.”⁵⁶

Como se mencionó al principio de este apartado, la mayoría de los tratados hacen referencia al arbitraje del CIADI y trabajan con éste para crear jurisdicción, sin embargo, cada tratado tiene características puntuales para generar tal jurisdicción. La sola referencia al CIADI, no da lugar a una jurisdicción directa. Para que una jurisdicción sea creada, va a depender en las palabras precisas del tratado.

Existen cuatro tipos de disposiciones arbitrales en los tratados de inversión. La primera de ellas establece que “la disputa, mediante acuerdo de las partes, deberá ser presentada ante el Centro.” Este tipo de cláusula no establece consentimiento a arbitraje en la ausencia de un acuerdo después de que la controversia ha iniciado. El segundo tipo que “requiere un acuerdo amistoso para someterse a arbitraje” no equivale a consentimiento, pero implica no denegar este consentimiento de manera injustificada. El tercer tipo, requiere que el

⁵⁵ Pohl, Joaquín et al, “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, Oecd Publishing Paris, núm. 2012/02, 2012, pp. 58 <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en> Consultado: 06/09/2017

⁵⁶ “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y Argentina”, Secretaría de economía, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2441/SE_argentina_actual_appri.pdf Consultado: 08/09/2017

Estado anfitrión esté de acuerdo para dirimir la controversia a través de conciliación o arbitraje. El cuarto tipo de cláusula genera jurisdicción al Centro de manera anticipada.⁵⁷

La mayoría de los tratados de inversión firmados por México dan la opción de recurrir a diferentes foros. El número de foros disponibles para los inversores varía según el tratado. Se puede dar la opción de recurrir sólo al arbitraje ad-hoc o tener hasta cinco opciones⁵⁸. De manera global, los Estados han incrementado los foros disponibles a los inversores en sus tratados de inversión. La proporción de tratados que ofrecen sólo un medio de solución a decrecido desde 1980.

Muchos tratados que se refieren al arbitraje del CIADI o al ad-hoc bajo normas de la Convención de Nueva York no contienen declaraciones específicas referentes a las reglas de arbitraje aplicables. Casi 160 tratados de inversión especifican las reglas de arbitraje que los tribunales deben aplicar o procedimientos para la determinación de las reglas de arbitraje. Muchos tratados que hablan del asunto de las reglas de arbitraje aplicables delegan el diseño de estas reglas a los tribunales. Pocos tratados llaman a los tribunales a recurrir a las reglas de arbitraje del CIADI, Convención de Nueva York o la Cámara de Comercio de Estocolmo. Por otro lado, algo que es común en los tratados, es que cubren un rango amplio de asuntos como la composición y la preparación del tribunal; los conocimientos que deben tener los árbitros; la intervención de terceros; reglas relacionadas con la transparencia y contabilidad de los procedimientos; así como el sitio para llevar a cabo el arbitraje. En el caso del foro que se escoja, esas reglas complementan o reemplazan las establecidas en CIADI o Convención de Nueva York, o cuando hay un arbitraje ad-hoc, proveen normas para la formación de los mismos. En resumen, lo que buscan estas reglas es asegurar que un tribunal arbitral imparcial con experiencia en *derecho internacional y en materia de inversiones*⁵⁹ haga un laudo razonable en un periodo corto de tiempo.

⁵⁷ Sornarajah, *The international law on foreign investment*. U.K. Oxford, 2004, P.249

⁵⁸ Pohl, Joaquín et al, "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, Oecd Publishing Paris, núm. 2012/02, 2012, pp. 58 <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en> Consultado: 06/09/2017

⁵⁹ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y Uruguay, Secretaría de economía, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2439/SE_uruguay_appri.pdf Consultado: 04/09/2017

La convención del CIADI establece que los tribunales deben estar conformados por tres árbitros, cada parte en la disputa escoge a un árbitro y se ponen de acuerdo para escoger al presidente. Las reglas de la Convención de Nueva York son similares a excepción de que son los árbitros los que escogen al presidente y no las partes.⁶⁰ Por otro lado, los tratados no hablan explícitamente de la búsqueda de árbitros imparciales. Con relación a la nacionalidad de los árbitros, un número significativo de tratados establecen que los árbitros no pueden tener la nacionalidad de ninguna de las partes para evitar posibles conflictos de interés.

Las reglas del CIADI hablan de conflictos de interés, si se tuvo un involucramiento anterior en el caso como conciliador o árbitro. Las reglas de la Convención de Nueva York (2010) tienen un alcance diferente con respecto a la imparcialidad de los árbitros: los artículos 11-13⁶¹ requieren que los árbitros sean transparentes en circunstancias que pueden dar lugar a duda de su imparcialidad e independencia, y permite que las partes puedan reclamar la parcialidad del árbitro.

Muchos tratados de inversión contienen disposiciones referentes al lugar en el cual se va a llevar a cabo el arbitraje, el lugar tiene impacto en las reglas de arbitraje que se van a aplicar. Varias cláusulas relacionadas con el sitio del arbitraje establecen que éste se lleve a cabo en un Estado parte de la Convención de Nueva York, otros tratados requieren que el arbitraje se resuelva en un lugar específico.

“Artículo 8: lugar del arbitraje

Cualquier arbitraje conforme a este Artículo se realizará en un Estado que sea parte de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Las reclamaciones sometidas a arbitraje conforme a este Apéndice

⁶⁰ Pohl, Joaquín et al, “Dispute Settlement Provisions (...)” Op.Cit.p. 58

⁶¹ “Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)”, *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, mayo 2011, pp. 40 <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>
Consultado: 10/09/2017

se considerarán derivadas de una relación u operación comercial para los efectos del artículo 1 de la Convención de Nueva York.”⁶²

Con respecto a las audiencias públicas, sólo ocho tratados de 1660 hacen referencia al acceso público a las audiencias. También, sólo treinta y cinco tratados dan lugar a la publicación del laudo.

⁶² “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmada por México y Uruguay”, Secretaría de economía, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2439/SE_uruguay_appri.pdf Consultado: 04/ 09/2017

3. EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN LA CONSTITUCIÓN

3.1. El proceso de elaboración de un tratado y la ratificación del senado

En el procedimiento para elaborar un tratado internacional se identifican tres etapas: la negociación, la firma y la ratificación.

Respecto del primero, la negociación, tiene la finalidad de que los Estados lleguen a un consenso para establecer el texto del tratado. En la actualidad, existen dos formas de negociar un tratado internacional esto depende de si se trata de un tratado bilateral o multilateral. César Sepúlveda señala:

“Para concluir un pacto bilateral, lo más usual es que los gobiernos interesados se intercambien notas, en las que se precisan la conveniencia y la oportunidad de llegar a un pacto sobre determinadas materias. Se escogen anticipadamente el país y el lugar en donde habrán de realizarse las conversaciones que derivan al tratado.”⁶³

En este caso la gestión de los intereses se hace entre dos partes, lo que facilita la toma de decisiones. En el caso de los tratados multilaterales, el proceso de negociación es más complejo ya que se deben de sumar las voluntades de diferentes Estados por lo cual las discusiones son *celebradas dentro de una conferencia o congreso internacional*.⁶⁴ Después de llevarse a cabo la negociación, cada representante de Estado plasma su firma en tantos documentos como Estados se estén representando.

Según el artículo 28 fracción de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es la Secretaría de Relaciones Exteriores la que lleva a cabo la negociación de los tratados internacionales.

“A la Secretaría de Relaciones Exteriores corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I.- Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; y sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas

⁶³ Sepúlveda, Cesar, *Derecho internacional*, México D.F., Porrúa, 2013, p. 130

⁶⁴ Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, México D.F., Porrúa, 2012, p. 220

*corresponda, conducir la política exterior, para lo cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte...*⁶⁵

La facultad que tiene una persona para representar a un determinado Estado es determinada según las leyes de cada país. En algunas ocasiones, como es el caso de México, el representante del Estado debe presentar *plenos poderes* para poder llevar a cabo la negociación y firmar. Los plenos poderes, según la definición de la Convención de Viena de 1969, son:

*“Un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado...”*⁶⁶

El segundo de los elementos del tratado es la firma, ésta se formaliza cuando concluyen las negociaciones, el texto se considera auténtico y definitivo, por lo cual, cada representante plasma su firma. Este procedimiento no es inmediato ya que en la práctica existe una formalidad suplementaria: la rúbrica. La rúbrica consiste en una firma abreviada (los representantes escriben sus iniciales). Una vez rubricado el tratado, se espera la firma del Jefe de Estado. La rúbrica es una formalidad necesaria cuando el Estado no les otorga a sus representantes plenos poderes.

Por último, cabe mencionar que la firma *ad referendum* de un tratado internacional significa que dicho acuerdo internacional será sometido a la consideración del gobierno para que se pueda estimar al tratado como definitivo.

La ratificación es la confirmación de la voluntad del Estado de someterse al tratado internacional. Opera como un acto posterior a la redacción y firma de tales tratados, que consiste en la aprobación del tratado por el órgano que internamente está dotado de competencia. Cada país tiene sus propias normas constitucionales para determinar cuál es el órgano competente para obligar

⁶⁵ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 2018, art. 28

⁶⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, mayo 1969, Introducción

internacionalmente al Estado. En México el artículo 76 fracción I constitucional confiere la facultad de ratificación al Senado:

“Son facultades exclusivas del Senado:

Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos...”

El marco normativo mexicano está conformado por diversas normas jurídicas que regulan diferentes aspectos relativos a los tratados internacionales. Entre estas normas, las principales son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; la Ley Sobre la Celebración de Tratados; la Ley sobre aprobación de Tratados en Materia Económica; y la Ley del Servicio Exterior Mexicano.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos 15; 89 fracción X; 76 fracción I; y 117 fracción I señalan las prohibiciones y competencias que se deben apelar para que un tratado internacional sea constitucional. Así, en el artículo 15 se prohíbe al Presidente de la República y al senado celebrar tratados internacionales en materia de extradición de reos políticos y personas que hayan tenido condición de esclavos en el Estado requirente. También prohíbe la celebración de tratados o convenios que alteren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. A su vez, el artículo 89 señala las facultades del Presidente de la República para terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas acerca de los tratados internacionales celebrados por él y ratificados por el senado. El artículo 76 fracción I dispone que los senadores tienen la facultad de aprobar las decisiones del Presidente de la República relativos a la celebración, terminación, denuncia, suspensión, modificación,

enmendación, retiro de reservas e interpretaciones de los tratados internacionales. Es en este artículo 76 constitucional que se interpreta que el órgano facultado para la ratificación de un tratado internacional es el senado de la República.

“La voluntad del Estado Mexicano para celebrar Tratados Internacionales se integra con la voluntad conjunta del Presidente de la República y el Senado de la República.”⁶⁷

Finalmente, el artículo 117 fracción I establece la prohibición de los Estados de la República para celebrar tratados internacionales.

“Quedando así delimitadas las facultades de celebrar Tratados para el Ejecutivo Federal, necesitando sólo la ratificación del Senado para que éstos (los Tratados) puedan entrar en vigor”.⁶⁸

Por otro lado, en el artículo 28 fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para intervenir:

“En toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte.”⁶⁹

El artículo anterior se complementa con el artículo 92 constitucional que establece:

“Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.”

De la lectura de ambos artículos se deduce que el secretario de Relaciones Exteriores será auxiliar del Presidente de la República, por lo tanto, cuando un Decreto de promulgación se publica en el D.O.F. se alude a la firma

⁶⁷ Arellano García, Carlos, *Primer curso de derecho internacional público*, México D.F., Porrúa, 2006, p. 695

⁶⁸Trejo García, Elma del Carmen “El procedimiento interno para la aprobación de un tratado internacional en México” *Servicio de Investigación y Análisis*, febrero 2007. <http://www.diputados.gob.mx/sia/coord/pdf/coord-iss-03-05.pdf> Consultado: 04/04/2017

⁶⁹ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 1976, art. 28

del secretario de Relaciones Exteriores, quien otorga su referendo ministerial en los que se refiere a los tratados internacionales.

La Ley sobre la Celebración de Tratados, atribuye a la Secretaría de Relaciones Exteriores la facultad de coordinar las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado. Asimismo, se le atribuye la facultad de emitir opiniones acerca de las características del tratado, así como registrar el tratado una vez que ya se haya suscrito.

En la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, se establecen los mismos requisitos para la celebración de Tratados que en la Ley sobre la Celebración de Tratados, con la diferencia de que en ésta se puntualizan objetivos específicos como: contribuir a mejorar la calidad de vida y el nivel de bienestar de la población mexicana; propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos mexicanos a los mercados internacionales; y contribuir a la diversificación de los mercados.⁷⁰

En esta misma ley se señala que sin distinción alguna los ciudadanos y las organizaciones empresariales, ciudadanos y sindicatos podrán emitir su opinión ante el Senado acerca del tratado internacional que se quiere celebrar.⁷¹

En cuanto a la legislación internacional concierne, cabe mencionar que, en la Convención de Viena de 1969, se establece la obligación de los Estados que han firmado o manifestado su consentimiento de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

El procedimiento para la aprobación de un tratado internacional se constituye de siete etapas: negociación, redacción, la adopción del texto, la firma, la aprobación interna, el consentimiento del Estado en vincularse y la entrada en vigor.

Para llevar a cabo la negociación, la Secretaría de Relaciones Exteriores en acuerdo con las dependencias que intervienen en las negociaciones, integran una delegación. Antes de adoptar un tratado, las delegaciones deben de informar

⁷⁰ Ley sobre la Aprobación de Tratados en Materia Económica, 2004, art. 9

⁷¹ Ley sobre la Aprobación de Tratados en Materia Económica, 2004, art. 11

al Ejecutivo Federal acerca de la naturaleza de las negociaciones y si no surge ningún impedimento, se ponen de acuerdo sobre el lugar y la fecha en que ha de firmarse el tratado, siempre a reserva de ratificación. La fecha de la firma se acuerda según la conveniencia de las partes.

Cuando el tratado se firma en México comúnmente es la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) quien lo hace, aunque también se acostumbra que lo firme el titular de la dependencia competente. La SRE envía los tratados a la consideración del Senado de la República. Cada tratado se acompaña de un memorándum que contiene los antecedentes del tratado y se explica su contenido si así se estima conveniente; las razones que se tuvieron para celebrarlo y los beneficios que se esperan de él.

En ocasiones, los funcionarios de la SRE y demás dependencias que intervinieron en la negociación se entrevistan con los senadores para aclararles cualquier duda sobre el tratado.

El envío de los tratados a la Cámara de Senadores se efectúa a través de la Secretaría de Gobernación, para ese efecto, el Secretario de Relaciones Exteriores le envía un oficio al Secretario de Gobernación, acompañado de dos copias certificadas del texto en español del tratado, y dos copias del memorándum de antecedentes, en el cual le pide que, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haya lugar a la Cámara de Senadores una de las copias del tratado así como una del memorándum.

En cuanto al proceso legislativo, en este caso, el Senado tiene como propósito fundamental el análisis, discusión y aprobación de los tratados. El proceso legislativo se rige por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Ley Orgánica de la Administración Pública; el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de Estados Unidos Mexicanos y por los acuerdos parlamentarios adoptados por la mayoría de los miembros de la cámara.

Después de considerar el tratado, si el Senado le da su aprobación, emite un decreto de aprobación en ese sentido; el cual se publica en el D.O.F. Este

decreto se limita a decir que se aprueba el tratado, pues no se publica el texto y para poder publicarse, tiene que estar autorizado por el Ejecutivo Federal por lo que, debe estar firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Secretario de Gobernación. Después de que este decreto de aprobación ha sido publicado en el D.O.F, el Poder Ejecutivo Federal ya está en condiciones de ratificar el tratado. Para ello, se prepara lo que se llama un instrumento de ratificación el cual va firmado por el Presidente de la República.

3.2. La naturaleza del tratado como fuente del derecho según su objeto

Los tratados son la fuente más común de derecho internacional, una breve definición de tratado la podemos encontrar en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷² de 1969, que, en su parte introductoria, define a los tratados 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.”

Los tratados internacionales tienen diversas acepciones, se les puede nombrar como acuerdo, convención, protocolo o pacto. Al respecto Paul Reuter⁷³ señala:

“No existe ninguna nomenclatura precisa para los tratados internacionales: términos como tratado, convenio, acuerdo o protocolo se usan como sinónimos. Además, el significado de la mayoría de los términos que se emplean en el derecho de los tratados es en extremo variable: cambia de un país a otro y de una constitución a otra...”

El universo de los tratados internacionales es muy vasto, un tratado ofrece aspectos muy diferentes, ya sea que se considere su elaboración, su interpretación, su modificación, sus efectos, su violación, etc. La Convención de 1969, evita cualquier clasificación sistemática de los tratados y limitándose a hacer unas cuantas distinciones restringido. Sin embargo, se han hecho dos

⁷² “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, 1980, http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf Consultado: 30/04/2017

⁷³ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, México, Fondo de cultura económica, 1999, p.44

criterios de clasificación, el primero apela al contenido: tratados-ley y tratados-contrato, y el segundo, al número de Estados contratantes: tratados bilaterales y tratados multilaterales, siendo los primeros firmados por dos países y los últimos por más de dos países. Para efectos de este trabajo, se utiliza acuerdo y tratado de manera indistinta. También al referirnos a tratado de inversión se abarca tanto los tratados bilaterales como lo son los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) así como los tratados multilaterales (por ejemplo, tratados de libre comercio).

A. Ghouri⁷⁴ considera que, debido a su naturaleza contractual, los tratados son instrumentos horizontales donde no existe prioridad de uno sobre otro. En caso de conflicto entre normas, existe la posibilidad de que una norma sea superior a otra según los valores que representen. Por otro lado, la Convención de Viena solo señala que ningún tratado internacional podrá ser contrario a una norma de *ius cogens*. En el artículo 53, señala:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

No existe una definición dada por los organismos internacionales de lo que significa *ius cogens*, más bien, la Convención de Viena se limita a enunciar los efectos que tienen estas normas y, por lo tanto, no existe consenso acerca de si las normas de derechos humanos son *ius cogens*. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional, en su informe de 1966, presentó ejemplos de normas contrarias al *ius cogens* y determinó que tienen las siguientes características: a) uso ilegítimo de la fuerza; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional; c) tratados que toleren

⁷⁴ Ghouri, Ahmad Ali, “Determining hierarchy between conflicting treaties”, *Asian journal of international law*, Pakistán, 2012, pp.32 https://www.researchgate.net/publication/256013721_Determining_Hierarchy_Between_Conflicting_Treaties_Are_There_Vertical_Rules_in_the_Horizontal_System Consultado: 23/11/2017

o promuevan el genocidio, esclavitud y piratería; y d) los tratados que violen los derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de la libre determinación.

En el Derecho Mexicano, los tratados internacionales en materia de derechos humanos como fuente de derecho tienen una jerarquía superior a los demás tratados que no sean de esta materia. De esta manera, la Constitución mexicana establece en su artículo primero:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

En los tratados en materia de derechos humanos se asumen obligaciones, pero estipuladas en favor no del Estado contraparte en el tratado ni de sus nacionales, sino de los habitantes del Estado.⁷⁵ Estas obligaciones adquiridas hacen del individuo un sujeto de derecho internacional con el único fin de verse protegido por éste. Esto se deriva de la naturaleza de los derechos que se reconocen en el tratado. Es decir, los tratados sobre derechos humanos no *crean* derechos sino, más bien, los reconocen como anteriores a la celebración del tratado y como inherentes a las personas; por tanto, estas lo tienen, a pesar de no expresar su consentimiento. Al respecto Jorge Carpizo⁷⁶ señala:

“Los tratados de derechos humanos se caracterizan y se diferencian de los demás tratados por su técnica de interpretación teleológica; los tratados en general se llevan a cabo para beneficiar a los Estados, al establecerse derechos y obligaciones mutuos; los derechos humanos se aceptan en beneficio o en favor de las personas que se encuentran en la jurisdicción.”

⁷⁵ Corcuera, Santiago, “Los derechos humanos aspectos jurídicos generales”, México, Oxford, 2016, p.119

⁷⁶ Carpizo, Jorge “La constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México D. F., vol. XII, 2012, pp. 801-858 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29245.pdf> Consultado: 05/09/2017

La Corte Internacional de Justicia estableció que las obligaciones en materia de derechos humanos son *erga omnes*, es decir, obligaciones incurridas ante todos los Estados, de modo que cuando un Estado reclama el incumplimiento de una obligación de este tipo, no lo hace con el afán de reclamar su derecho, sino el de la comunidad internacional en su conjunto. En el caso *Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional*, la Corte señaló:

“La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano, están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.”⁷⁷

En contraste, el objeto de los tratados de inversión es reducir el nivel de riesgo soberano inherente en todos los proyectos de inversión extranjera directa mediante el establecimiento de unas normas mínimas para el ejercicio del poder público por parte del Estado contratante en relación con las inversiones realizadas en su territorio por los de otro Estado contratante.⁷⁸ En su mayoría, los tratados de inversión son acuerdos bilaterales que sólo obligan a los Estados signatarios. *Sornarajah*⁷⁹ menciona que *cada* tratado de inversión cuenta con características específicas, lo que significa, que estos tratados crean *lex specialis* entre las partes más que ser fuente de costumbre internacional. Por otro lado, el alcance que estos tratados tengan va a depender principalmente de la delimitación geográfica y del número de Estados que firmen el tratado.

Entonces, una de las más importantes diferenciaciones entre un tratado de derechos humanos y uno de inversión, es que el primero es universal en el sentido de que todas las personas se ven protegidas por éstos. En el segundo

⁷⁷ Organización de los Estados americanos, corte interamericana, Caso *Ivcher Bronstein*, Competencia, Sentencia 24 de septiembre 1999

⁷⁸ Douglas, Zachary, “The international law of investment claims”, Nueva York, Cambridge, 2009, p. 1

⁷⁹ Sornarajah, *The international law on foreign investment*. U.K. Oxford, 2004, P.206

caso, sólo inversionistas. Los tratados de derechos humanos son fuente de derecho y tienen rango constitucional, los tratados de inversión, no. Por otro lado, los tratados en materia de derechos humanos son tratados ley, lo que significa que se encuentran en un rango superior a las normas internas de los países firmantes. Arellano García⁸⁰ apunta:

“Los tratados-ley consagran reglas generales a observar en el futuro por los Estados...Tales reglas generales establecen normas abstractas, impersonales, imperativas, que no se dirigen a una persona en particular.”

Mientras que los tratados de inversión son tratados-contrato, en los cuales sólo establecen obligaciones bilaterales.⁸¹ De lo anterior se deduce que, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en caso de entrar en conflicto con un tratado de inversión, prevalecerán sobre aquel. Sin embargo, como se profundizará en las páginas consecuentes, los derechos humanos aún tienen muchas limitantes al momento de hacerse efectivos, por ejemplo, la ONU se limita a hacer recomendaciones, mientras que los derechos protegidos en los tratados de inversión pueden salvaguardarse de manera más efectiva por las características y el contexto en el que se ha desarrollado esta rama del derecho internacional.

3.3. El bloque de constitucionalidad y la validez de los tratados en materia de derechos humanos

Para poder desarrollar este apartado, es necesario hacer una distinción entre los diferentes criterios que existen para determinar la jerarquía entre normas, Ramón Ortega⁸² describe cuatro tipos de jerarquías. La primera de ellas es la jerarquía formal: es la que se presenta cuando una norma regula la producción de otra, estableciendo quién o quiénes son competentes para ello. El segundo tipo de jerarquía es el material, se dice en este sentido que una norma es superior a otra cuando la primera prevalece sobre la segunda en un conflicto de normas contradictorias. La jerarquía lógica se establece cuando una norma es superior a otra debido a que la primera versa sobre la segunda. Por último, la

⁸⁰ Arellano García, Carlos “Derecho internacional público: volumen 1”, México, Porrúa, 1983, p.192

⁸¹ “Tratados internacionales”, *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM* <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3643/5.pdf> Consultado: 05/09/2017

⁸² Ortega, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México: estudios sobre constitucionalización del derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 63

jerarquía axiológica se establece cuando una de ellas expresa un valor superior a las demás. Esto puede suceder porque la norma axiológicamente superior está constituida por valores éticos propios de justicia que dan forma sustancial a una parte del ordenamiento jurídico o a todo.

Conforme a lo anterior, los derechos humanos son normas axiológicamente superiores a las demás, y por ser así, toda ley que sea contraria a aquellos será considerada ilegítima y será susceptible de ser reformada. Sin embargo, lo anterior no pone en entredicho a la supremacía constitucional, ya que, la Constitución es, en efecto, formalmente superior a todas las normas de derecho positivo porque es ella la que establece los modos de producción de tales normas. Así sucede de igual modo con relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte: la Constitución está por encima de ellos desde el punto de vista formal dado que establece quiénes son competentes para suscribirlos y ratificarlos. Pero la Constitución también es materialmente superior a ese conjunto de tratados porque -a partir de la interpretación de la SCJN en contradicción de tesis 293/2011- si se produce un conflicto entre Constitución y tratado internacional en materia de derechos humanos, entonces debe prevalecer la primera.

La validez tiene dos alcances diferentes. La validez como pertenencia implica que una norma es válida si pertenece a un determinado sistema jurídico. En este sentido, los tratados que son ratificados por el Estado mexicano según las leyes en la materia son válidos. Al momento de ser ratificados entran en el marco jurídico mexicano. El segundo criterio de validez señala que una norma tiene validez cuando es aplicada por un juez en un determinado caso. No obstante, aunque válida, la norma puede ser ilegítima si vulnera los valores supremos del sistema. En este sentido, se considera que los laudos arbitrales en materia de inversiones, vistos como normas jurídicas individualizadas, pueden llegar a ser ilegítimos cuando contravienen un conjunto de valores y principios de justicia.

Existen dos posiciones relativas a la jerarquía de los tratados en la constitución. La primera sostiene que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se encuentran a un mismo nivel jerárquico que la

Constitución. Los tratados internacionales de los que México es parte quedan, *ipso facto*, incorporados al ordenamiento jurídico a nivel constitucional por disponerlo así el propio artículo primero constitucional. El segundo posicionamiento sostiene que la Constitución es la única norma suprema del ordenamiento jurídico de la que deriva la validez de todas las demás, incluidas las normas de derechos humanos en los tratados internacionales.

Estas dos posturas se ejemplifican en las resoluciones que dieron lugar a la Contradicción de tesis 293/2011.

La primera postura fue la del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito:

“TRATADOS INTERNACIONALES CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL CONSTITUCIÓN:

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de los previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.”

Por su parte, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito fijó su posicionamiento en la tesis:

“DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS:

Los artículos 1º, 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo.”

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis de rubro:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL:

De ahí que, si en el amparo es posible de conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucran la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.”

Lo que finalmente resolvió la Corte, en la contradicción de tesis 293/2011, fue que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se encontraban en la misma jerarquía que la Constitución, pero con una importante salvedad: en caso de restricción expresa en la Constitución se tendría que estar a lo señalado en la misma.⁸³ Esto significa que, en caso de contradicción entre un la Constitución y un tratado en materia de derechos humanos, se va a apelar a la primera, por lo tanto, la Constitución sigue estando en una jerarquía superior

⁸³ Ortega, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México: estudios sobre constitucionalización del derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 81

a los tratados en materia de derechos humanos. Lo que resolvió la Corte en esta contradicción de tesis, empata con la teoría monista del derecho internacional la cual señala que, los tratados, aún reconocidos como única fuente de derecho internacional, no son considerados una verdadera fuente de obligaciones jurídicas, sino una manifestación de la intención de querer cumplir con lo establecido.⁸⁴

Sin embargo, en la práctica internacional y ante el panorama de la globalización, estas interpretaciones limitativas, ya no caben ni se ajustan a lo que en la realidad sucede. Resulta curioso que en materia de derechos humanos la Corte subordine a éstos frente a la Constitución, pero cuando se trata de Derecho internacional de inversiones no hay criterios al respecto a pesar de que los tratados de inversión: a) establecen cláusulas arbitrales donde un tribunal extranjero va a resolver; b) estos tratados se limitan a regular el ámbito económico dejando atrás el ambiental y los derechos humanos; c) los jueces nacionales se limitan a aplicar el laudo aun cuando éste a veces establece el pago de indemnizaciones multimillonarias al Estado mexicano, indemnizaciones que se pagan con los impuestos de los mexicanos y que muchas veces se imponen porque el Estado implementó alguna ley que afecta los intereses del inversor.

El Estado mexicano se ha alineado con los intereses del capitalismo, por esto instituciones económicas como el Banco Mundial o el Fondo Monetario internacional – que intervienen más y tienen más repercusiones en el país que cualquier institución internacional de derechos humanos- sientan las bases legislativas que el país debe seguir.

“Mientras tanto, ante la vertiginosa evolución del derecho internacional, los órganos legislativos nacionales son inoperantes en su intento de regular situaciones no exclusivas de su entorno.”⁸⁵

⁸⁴ “Naturaleza jurídica del tratado de libre comercio de América del Norte” *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2825/6.pdf> Consultado: 05/09/2017

⁸⁵ García Bueno, Marco César, “El derecho tributario nacional frente a la normativa internacional: el soft-law”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM, 2014

Así, los derechos humanos están atados de manos y sin poder hacerse efectivos, mientras que los derechos privados internacionales en materia económica están desregularizados, tienen instituciones fuertes que los legitiman y cambian las leyes nacionales que entren en la esfera económica, por ejemplo, la reforma al Código de Comercio por Carlos Salinas de Gortari para que empatara con el TLCAN o la reciente Reforma energética, que a pesar de la oposición y protestas de la mayoría de los mexicanos, se llevó a cabo sin menor contratiempo.

CAPÍTULO II: LA INDEMNIZACIÓN POR ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y LA AFECTACIÓN AL ERARIO PÚBLICO

1. EL PRESUPUESTO DE EGRESOS Y EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO.

1.1. Derecho presupuestario

Como se mencionó en el apartado anterior, los inversores pueden demandar al Estado receptor por aplicar alguna ley que afecte a sus intereses aun cuando el Estado lo haya hecho con la finalidad de salvaguardar el orden público de su país. Si el tribunal arbitral resuelve en favor del inversor, el Estado debe pagar una indemnización que representa una cantidad elevada de dinero, dinero obtenido de los impuestos y que en principio iba a ser destinado para fines públicos. Por esta razón, en este apartado nos centraremos en explicar el Derecho Presupuestario, cuáles son sus fines y cuáles son los derechos que como contribuyentes tenemos para contrastar con lo que realmente sucede en los arbitrajes de inversión.

García de León define al derecho presupuestario como:

“El derecho que organiza los recursos de los entes públicos y sus organizaciones económicas en cuanto a asignación de dichos recursos y las funciones y procedimientos de gestión y control, en general, de la Hacienda Pública. El presupuesto representa, por excelencia, el nexo de unión fundamental entre ingresos y gastos públicos; en el aparece sintetizada la actividad financiera.”⁸⁶

Sintetizando la definición anterior, entendemos al Derecho Presupuestario como la rama del Derecho Público, dentro del Derecho Financiero, que estudia y regula el presupuesto de un Estado. Con la finalidad de que el gasto público se distribuya de manera adecuada, para que éste beneficie a la sociedad en ámbitos como la salud, educación, seguridad policiaca, medio ambiente, infraestructura, etc.

⁸⁶ García de la Mora, Leonardo, “Derecho financiero y tributario”, JM Bosch, Barcelona, España, 1999, p.23

Domínguez Crespo⁸⁷ explica que el Derecho Presupuestario ha sido una materia poco explorada en México, limitándose a supervisar que la creación del presupuesto se apegue a lo establecido en la Constitución. Sin embargo, afirma que, el presupuesto va más allá de un proceso legislativo, ya que establece la manera en que el gasto público se va a utilizar para cumplir con los objetivos de bienestar social.

“El gasto público tiene un sentido social y un alcance de interés colectivo, por cuanto el importe de las contribuciones recaudadas se destina a la satisfacción de las necesidades colectivas o sociales, o a los servicios públicos; así, el concepto material de gasto público estriba en el destino de la recaudación que el Estado debe garantizar en beneficio de la colectividad.”⁸⁸

De esta manera, el destino primordial del gasto público es la satisfacción de las necesidades colectivas. En México, el dinero para el gasto público se conforma de tres rubros: el primer campo son los impuestos que, en el año 2017, representó 3.2 billones de los 4.8 presupuestados para gastar ese año, es decir, el 66.66% del presupuesto se compone de nuestros impuestos. Posteriormente, la segunda fuente de ingreso es recaudada de organismos y empresas con casi 1.2 billones de pesos. La tercera fuente de ingresos se compone de financiamientos (endeudamientos) que en el 2017 representaron medio billón de peso.⁸⁹

Como se puede apreciar en el párrafo anterior, los contribuyentes tienen gran importancia dado a que son los principales aportadores al gasto público. Por esta razón, los contribuyentes tienen derecho a conocer para qué el gobierno utiliza el dinero y verificar que efectivamente los tributos se utilicen a cubrir el gasto público.⁹⁰ Este derecho fue consagrado desde la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el artículo trece establece:

⁸⁷ Domínguez Crespo, César Augusto, “Derechos humanos y derecho presupuestal”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM, 2014, P. 6

⁸⁸ Bernal Ladrón de Guevara, Diana, “El reconocimiento y tutela de los derechos humanos de los contribuyentes”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM, 2014, P. 30

⁸⁹ “¿De dónde sale el dinero que gasta el gobierno mexicano?”, *Nación 321*, octubre 2010 <http://www.nacion321.com/gobierno/donde-sale-el-dinero-que-gasta-el-gobierno-mexicano> Consultado: 23/07/2018

⁹⁰ Bernal Ladrón de Guevara, Diana, “El reconocimiento (...)” Op.Cit. p. 31

“Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común.”

Por otra parte, Joseph Stiglitz menciona al respecto:

“Un valor político defendido por muchos es que el Estado no debe tratar de aprovecharse de los ciudadanos desinformados. En el caso de la tributación, esta postura recomienda que se establezcan impuestos que se sepa claramente quién los paga. Esos impuestos se conocen con el nombre de impuestos transparentes; cada vez son más los que consideran que la transparencia es una característica importante de un buen impuesto. Se dice que las medidas son transparentes cuando está claro quién se beneficia y quién paga.”⁹¹

A pesar de lo anterior, en México no está previsto en el presupuesto de egresos el dinero destinado al pago de indemnizaciones a empresas extranjeras en caso de que se pierda un arbitraje de inversión y, por si fuera poco, el hecho de que estos arbitrajes se lleven a cabo con secrecía limita que los ciudadanos conozcan las cifras exactas de estas indemnizaciones, lo que es contradictorio con el derecho que los contribuyentes tienen a saber para qué se destina el dinero público y a corroborar de que éste se utilice para el beneficio social. Asimismo, las personas tienen poca participación en la firma de los tratados de inversión y en los arbitrajes que les suceden, aun cuando ambos tienen repercusiones importantes en el bienestar de un país.

Si el 66.6% del presupuesto está constituido por nuestros impuestos entonces por qué tenemos tan poco conocimiento de dónde se dirige este dinero, cuando de pago a indemnizaciones a empresas extranjeras se trata. Sobre todo, considerando que, si un tribunal resuelve en contra de una política pública, no existe límite en cuanto al monto de dinero público que un tribunal puede ordenar al gobierno que pague a una empresa. Por ejemplo, el gobierno de Estados Unidos se ha desembolsado más de 475 millones de dólares en casos de

⁹¹ Stiglitz, Joseph, *“La economía del sector público”*, 3ª. Ed, Trad. Rabasco Ma. Esther y Toharia Luis, Barcelona, Antoni Bosch, 2000, pp. 737

inversor-Estado. Estos arbitrajes implican ataques a las políticas de protección al medio ambiente, salud, medidas de seguridad, etc.

Las raíces de este problema, argumentamos, se encuentran en los cambios acelerados que surgen en el mundo a efecto de la globalización y que el derecho no puede alcanzar a regular con la misma velocidad. El mundo se vuelve cada vez más grande para el Estado. Así es difícil para el Estado mexicano prever qué dinero del presupuesto se va a destinar a factores económicos externos como lo son las indemnizaciones a empresas extranjeras, cuyos montos son impredecibles.

Nos parece acertada lo que plantea García Bueno⁹² al respecto:

“El actual sistema legislativo se encuentra en crisis. El torrente de cambios provocados por necesidades y conflictos globales destaca la ineficaz aplicación de normas nacionales a la solución de conflictos globales. Es imposible para los Estados establecer nuevos impuestos sobre acontecimientos que devienen de criterios de riqueza externos... Se legisla así en el cauce voraz y rápido de los acontecimientos, sin poder resolver la problemática presente, pues muta día a día. La norma es insuficiente.”

Por otro lado, es importante que las personas conozcan e intervengan en los arbitrajes en materia de inversión porque parte del dinero público se va a destinar a estas indemnizaciones por lo que deben ser consultados antes de la firma del tratado, durante el arbitraje de inversión y cuando el laudo va a ser aplicado. No hacerlo constituye una violación a los derechos fundamentales.

⁹² García Bueno, Marco César, “El derecho tributario nacional frente a la normativa internacional: el soft-law”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM, 2014

1.2. Naturaleza y fin del presupuesto

En el apartado anterior nos adentramos en lo que se define como Derecho Presupuestario y en este apartado nos enfocaremos en el principal objeto de estudio del Derecho Presupuestario, el presupuesto.

Gabino Fraga define al presupuesto como el cálculo anticipado de los gastos y de los ingresos.⁹³ El presupuesto de Egresos de la Federación es un acto legislativo “*sui generis*” en la medida en que se inicia a través de la presentación de un proyecto por parte del Ejecutivo Federal, el cual es analizado, discutido, modificado y aprobado por la Cámara de Diputados, para ser posteriormente promulgado y publicado por el Diario Oficial de la Federación D.O.F.

El hecho de que el Presupuesto de Egresos sea un acto unicameral lo distingue de los actos plenamente legislativos en los que participan ambas cámaras, además de su vigencia anual. Así mismo, es el instrumento en el que se incluyen y autorizan los gastos necesarios para la realización de acciones, obras y servicios públicos previstos en los programas de las dependencias y entidades paraestatales de la Administración Pública. La Ley de Ingresos de la Federación y el Presupuesto de Egresos de la Federación son instrumentos que influyen en la economía de un país. El presupuesto es una técnica jurídica singular que nace con el propio Estado constitucional y liberal de derecho y a través del cual se consolida el poder relativo, al interior estatal, de los órganos parlamentarios.⁹⁴

La naturaleza jurídica del presupuesto (presupuesto de egresos) no se clasifica como una auténtica ley porque no da nacimiento a situaciones jurídicas generales (las leyes son generales, abstractas e impersonales), por lo cual la actual Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria hace alusión, en varias ocasiones, a la voz decreto –acto administrativo-.

Al respecto, el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito señaló:

⁹³ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 40ª Ed, Porrúa, D.F, 2000, p.334

⁹⁴ Corti, Horacio, “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero”, Revista jurídica de Buenos Aires, <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Revista-Juridica-de-Buenos-Aires.pdf> Consultado: 11/09/2017

“PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN. ES UNA NORMA JURÍDICA EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL. El presupuesto de egresos debe definirse no sólo en atención a su contenido, sino también a que es el resultado del ejercicio de un determinado poder y, por tanto, en función del órgano del Estado al cual se le atribuye y del ámbito de competencia reconocido por el ordenamiento constitucional para ejercerlo. En consecuencia, el presupuesto del Estado es un acto unitario, en el que los ingresos y gastos y la ley de aprobación, forman un único acto legislativo. Ahora, en cuanto acto unitario, legislativo, el presupuesto de egresos tiene el contenido y los efectos jurídicos propios de toda ley: regular una parte de la actividad pública (el modo de gastar los medios económicos del Estado), al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de los particulares. En tal sentido, el Presupuesto de Egresos de la Federación es ley formal, en tanto su aprobación corresponde a la Cámara de Diputados, conforme al artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues cabe afirmar que es ley todo acto emanado del Poder Legislativo que cumpla las formalidades constitucionales; y es también ley material, en cuanto regula los poderes atribuidos a la administración financiera en materia de gasto, y tiene un claro contenido jurídico que afecta tanto a la propia administración como a los particulares acreedores o deudores, lo que lleva a concluir que sus normas no pueden ser sino jurídicas. En efecto, el referido presupuesto es un documento único e indivisible, emanado del órgano legislativo en el ejercicio de facultades constitucionales expresas; de ahí que no sea válido separar la parte que contiene el plan de gastos, del texto legal que lo aprueba, pues el acto legislativo es unitario por naturaleza. Además, tampoco es dable limitar la facultad legislativa del órgano correspondiente, pues en esta materia la acción legislativa es reservada, primordial, básica y originaria.”

Para C. Hernández⁹⁵ el Presupuesto de Egresos es un acto formalmente legislativo y materialmente administrativo.

⁹⁵C. Hernández, http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/hernandez_h_c/capitulo3.pdf Consultado: 30/03/2017

“Lo lleva a cabo el poder legislativo, pero realizando actividades administrativas, es decir, se auto administra.”

Los efectos que el Presupuesto de Egresos va a tener están contenidos en diferentes artículos de la Constitución. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 126 constitucional:

“No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior.”

De acuerdo con Gabino Fraga, haciendo mención del artículo citado:

“El presupuesto constituye la autorización indispensable para que el poder Ejecutivo efectúe la inversión de los fondos públicos.”⁹⁶

Por otro lado, el artículo 74 fracción IV, menciona:

“Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados: (iv) Aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del Proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo. Asimismo, podrá autorizar en dicho Presupuesto las erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria; las erogaciones correspondientes deberán incluirse en los subsecuentes Presupuestos de Egresos...”

El presupuesto constituye la base para la rendición de cuentas que el poder Ejecutivo debe rendir al Legislativo. El presupuesto produce el efecto de descargar de responsabilidad al Ejecutivo, como todo manejador de fondos se descarga cuando obra dentro de las autorizaciones que le otorga quien tiene poder para disponer de esos fondos. Por esta razón, el presupuesto es la base y medida para determinar una responsabilidad, cuando el Ejecutivo obra fuera de las autorizaciones que contiene.

⁹⁶ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 40ª Ed, Porrúa, D.F, 2000, p.333

“El presupuesto es una técnica que nace concomitantemente al Estado de Derecho europeo y como medio para que los órganos parlamentarios aumenten su capacidad de decisión política con respecto a los recursos estatales financieros. Visto históricamente, ello sucede en primer lugar con respecto a los poderes monárquicos y luego, ante su declive, a veces gradual, a veces abrupto, con respecto a los órganos ejecutivos.”⁹⁷

Al poder Ejecutivo, en su función democrática, le corresponde fijar la orientación política de la función del gobierno y, por ello, es el Poder encargado de redactar el proyecto de Egresos y remitirlo al legislativo. Así el Presupuesto de Egresos tiene dos funciones: a) función de control de los gastos públicos que corresponde al Poder Legislativo y b) función de ordenamiento y planificación de las finanzas públicas, que corresponde al Poder Ejecutivo.

Existen principios que nombran las características del presupuesto de egresos: el primero de ellos es el principio de anualidad: el periodo de un año es un tiempo prudente que se le da al Ejecutivo para que cumpla con su obligación de determinar el presupuesto. Principio de unidad: consiste en hacer un solo presupuesto en un solo documento, es decir, la reunión y agrupación de todos los gastos en un solo documento llamado presupuesto de egresos.⁹⁸ El principio de universalidad consiste en que todos los gastos públicos tengan fundamento en el presupuesto de egresos. Este principio es señalado en el artículo 126 constitucional:

“No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior.”

El principio de no afectación de recursos, su objetivo es que determinados recursos no se utilicen para un determinado gasto, si no entran para un gasto común. Su finalidad es que todos los gastos que se recauden se destinen a los gastos generales y que no sean para gastos especiales. Por otro lado, el principio de especialidad o separación de gastos consiste en que las autorizaciones

⁹⁷ Corti, Horacio, “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero” *Revista Jurídica de Buenos Aires*, <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Revista-Juridica-de-Buenos-Aires.pdf> Consultado: 11/09/2017

⁹⁸ C. Hernández, http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/hernandez_h_c/capitulo3.pdf Consultado: 30/03/2017

fiscales no deben darse de manera global, sino en partidas específicas. Debe existir congruencia entre lo que se aprueba por la Cámara de Diputados y lo que realmente se gasta. El principio de equilibrio presupuestal señala que, deberá considerarse que tanto los ingresos como los gastos sean iguales. En realidad, este principio no tiene fundamento constitucional porque no está prohibido el déficit. Por otro lado:

“Los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a que estén destinados los recursos económicos. En otras palabras, lo que la doctrina llama calidad en el gasto, están redactados en el artículo 134 párrafo primero de la Constitución.”⁹⁹

La Ley General de Contabilidad Gubernamental prevé un clasificador por objeto del gasto para la Administración Pública Federal y lo describe como un:

“Instrumento presupuestario que, atendiendo a un carácter genérico y conservando la estructura básica (capítulo, concepto y partida genérica), permite registrar de manera ordenada, sistemática y homogénea los servicios personales; materiales y suministros; servicios generales; transferencias, subsidios y otras ayudas; bienes muebles e inmuebles; inversión pública; inversiones financieras; participaciones y aportaciones; deuda pública, entre otros... Los capítulos, conceptos y partidas del presente Clasificador podrán utilizarse por los Poderes Legislativo y Judicial, así como por los entes autónomos, a efecto de llevar a cabo la integración de sus proyectos de presupuesto de egresos o los registros de las afectaciones de los presupuestos autorizados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 6 segundo párrafo y 30 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.”¹⁰⁰

Como se deriva de lo anterior, el presupuesto de egresos tiene la finalidad de gestionar el dinero público para que aquel tenga un mayor aprovechamiento,

⁹⁹ Domínguez Crespo, César Augusto, “Derechos humanos y derecho presupuestal”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM, 2014, P. 6

¹⁰⁰ Clasificador por objeto del gasto para la administración pública federal http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5172682&fecha=28/12/2010 Consultado: 9/12/17

lo que significa que el pago de una indemnización representa una afectación grande a éste.

En el apartado siguiente se analizarán algunos casos donde México ha sido demandado por empresas extranjeras para el pago de indemnizaciones millonarias.

1.3. Casos

Presa Zapotillo, Jalisco: De acuerdo con información del periódico *El Universal*¹⁰¹ en el 2005 se anunció la construcción de la presa El Zapotillo, proyecto dirigido por la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) con el apoyo de los gobiernos de Guanajuato y Jalisco. Originalmente, dicha presa tendría una cortina de 80 metros y se construiría en tierras de Jalisco y llevaría agua del Río Verde hacia León, Guanajuato.

En 2008, el entonces gobernador de Jalisco, Emilio González Márquez, anunció que la cortina no mediría 80, sino 105 metros. Con esa altura, el embalse ocuparía más de 4 mil 800 hectáreas, por lo que quedarían afectadas por inundación las comunidades de: Temacapulín, Acasico y Palmarejo. Lo que implicaría la reubicación de sus habitantes quienes viven de lo que se siembra en esas tierras, además de haber vivido ahí por generaciones.

El periódico *El Universal* señala que en “2005 CONAGUA autorizó el proyecto sin consulta ni información a las comunidades, pese a que así lo estipulan los tratados internacionales ratificados por México.” Los pobladores han luchado para que dicho proyecto no se lleve a cabo por lo que el caso ya llegó a la SCJN.

“El 14 de septiembre de 2009 se lanzó la licitación internacional para la construcción de la presa. Los ganadores fueron La Peninsular y Grupo Hermes, propiedad del mexiquense Carlos Hank Rhon, y la empresa española FCC, la cual desde 2014 se ha visto involucrada en

¹⁰¹ Ramírez Cuevas, Jade y Siscar, Majo “El zapotillo. Una presa seca con cargo al erario”, *Periódico el Universal*, agosto 2017, <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/periodismo-de-investigacion/2017/08/10/el-zapotillo-una-presa-seca-con-cargo-al-erario> Consultado 10/12/2017

señalamientos hechos en España de presuntos sobornos, elevación de precios en sus obras e incluso lavado de dinero.”¹⁰²

En el 2013, la SCJN decretó que la represa debía apegarse a la altura y capacidad que planteó la declaración de impacto ambiental y no la que se licitó. La sentencia de la Corte detuvo la construcción de la presa y el gobierno tuvo que indemnizar con 220 millones de pesos a la empresa española por la suspensión de la obra. Según la cláusula del contrato, el gobierno mexicano seguiría indemnizando mensualmente a FCC y a grupo Hermes por un monto de 19 millones de pesos mensuales.

“En suma, contando los 220 millones para FCC de 2014 y las mensualidades de 19 millones de pesos, el gobierno federal ha pagado a esos empresarios mil 436 millones de pesos aproximadamente por concepto de indemnización.”¹⁰³

Hasta el momento no se tiene conocimiento si se sigue pagando la indemnización mensual. La obra sigue en suspensión y los habitantes de estas tierras siguen a la espera de una solución definitiva.

Casos como el de la presa *El Zapotillo*, donde se le da la licitación de una obra a una empresa extranjera, más comúnmente española, no es poco común. De hecho, entre 2009 y 2015 América Latina volvió a ser el principal destino de la inversión extranjera directa de las empresas españolas, un 41,5% de sus inversiones se dirigen a esta región.¹⁰⁴

En México, en el 2017, la inversión española alcanzó los 57 mil millones de dólares.¹⁰⁵ Representando el 17,7% de la inversión extranjera total que recibe México, siendo el mayor país inversionista, sólo por debajo de Estados Unidos 29,6%.¹⁰⁶ Sin embargo, de acuerdo con Erika González del Observatorio de

¹⁰² Cervantes, Jesusa, “La presa el zapotillo: con Peña Nieto, inversión millonaria para una presa empantanada”, *Revista proceso*, 31 agosto 2017 <http://www.proceso.com.mx/501173/la-presa-zapotillo-pena-nieto-inversion-millonaria-una-obra-empantanada> Consultado: 10/12/2017

¹⁰³Idem

¹⁰⁴Arahuetes, Alfredo y Gómez Bengoechea, Gonzalo “Las inversiones directas españolas en américa latina en el periodo de 2009-16”, *Estudios de política exterior*, núm. 78, otoño 2016

¹⁰⁵ “Inversión española en México supera los 57 mil mdd”, *Periódico La Jornada*, 3 de abril del 2017, <http://www.jornada.unam.mx/2017/04/03/economia/022n2eco> Consultado: 11/12/2017

¹⁰⁶ Santander, “Trade Portal”, <https://es.portal.santandertrade.com/establecerse-extranjero/mexico/inversion-extranjera> Consultado: 11/12/2017

Multinacionales en América Latina (OMAL)¹⁰⁷ estas empresas se han visto involucradas en casos de violación a derechos humanos, degradación ambiental y corrupción: las empresas españolas aprovecharon la desregulación, las privatizaciones y la liberalización del comercio surgidos en América Latina en los años noventa para invertir.

“La fórmula era la misma: liberalización, desregulación, privatizaciones... Eso permitió que las incipientes multinacionales españolas, que no podían todavía competir en Europa, miraran hacia América Latina. Allí se estaban creando las condiciones para poder extraer recursos y expatriar los beneficios, tenían ventajas fiscales, facilidades para comprar empresas estatales a precios muy baratos... Si hablamos de las eléctricas, llegaron a tener el monopolio de la distribución a grandes territorios en países como Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Panamá, Colombia, entre otros. La necesidad de recuperar cuanto antes sus inversiones hicieron que se aumentaran las tarifas, que se degradaran las redes por falta de inversión en el mantenimiento y finalmente que fallara el servicio, impidiendo además el bombeo de agua. Afectaron a los pobres y a los servicios públicos. Si hablamos de las empresas de hidrocarburos, hubo una actividad de extracción agresiva a costa de las poblaciones y los territorios. En los países más desregulados y sin instituciones de control fuerte, hicieron lo que quisieron a nivel ambiental y desplazando poblaciones. Pasó en Perú, en Bolivia, en Ecuador...”¹⁰⁸

TECMED vs. México

Otro caso de conflicto entre una empresa española y México fue el caso de Técnicas Medioambientales (TECMED). Es un caso que fue un hito en el derecho internacional de inversiones, pero fue especialmente significativo para México tanto desde un punto de vista económico, como desde un punto de vista jurídico, y por supuesto, político y diplomático.¹⁰⁹

¹⁰⁷“El 40% de los ministros de la democracia utilizaron las puertas giratorias”, *Observatorio de Multinacionales en América Latina*, noviembre 2017, <http://omal.info/spip.php?article8465> Consultado: 01/02/2018

¹⁰⁸ Ídem

¹⁰⁹ Aira González, Patricia, “Relaciones comerciales entre México y España. Reflexiones sobre el caso TECMED a la luz del derecho internacional”, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2009, PP. 97-157 file:///C:/Users/andy/Downloads/2670-2534-1-PB.pdf Consultado: 08/12/2017

En el 2003 el gobierno de Hermosillo se negó a renovar la licencia de una compañía de una planta de tratamiento de desechos, TECMED, ante las protestas de los ciudadanos de que la planta no cumplía con los protocolos para tratar con desechos tóxicos, lo que conllevó a que dicha empresa cerrara no sin antes demandar al gobierno mexicano por incumplimiento de sus obligaciones contractuales:¹¹⁰ la compañía alegó que las medidas tomadas por el gobierno de Hermosillo constituían una expropiación indirecta y bajo esa premisa pedía una compensación:

“México al no otorgar la renovación de la licencia a TECMED, ha cometido un acto expropiatorio de su inversión, sin compensación ni justificación de ningún tipo...”¹¹¹

Además, argumentaban en su demanda que, la falta de renovación de la autorización obedecía en gran medida a circunstancias políticas, esencialmente con el cambio de autoridades en el Ayuntamiento de Hermosillo.

México argumentó que, el confinamiento no cumplía con la normativa mexicana vigente y que, además, la empresa había cometido varias irregularidades en relación con la operación del confinamiento, especialmente por el traslado de residuos de otras partes del país. Las autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo habían manifestado sus dudas respecto de la operación del confinamiento. México replicó que la administración de Hermosillo no había actuado de manera arbitraria ni discriminatoria, que tenía la facultad discrecional de denegar permisos y que dichos casos debían de resolverse ante un tribunal local y no internacional por tratarse de leyes nacionales. México también afirmó que las medidas regulatorias estaban dentro de las facultades de poder de policía de la Administración.

Sin embargo, las consideraciones ambientales no fueron tomadas en cuenta por el tribunal arbitral, basándose sólo en determinaciones comerciales. El tribunal arbitral resolvió que las decisiones de México conllevaban una acción

¹¹⁰ Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al, “Investment treaties and why they matter to sustainable development: questions and answers”, International institute for sustainable development, Manitoba, 2012, p. 1-62 http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf p. 18 Consultado: 29/04/2017

¹¹¹ Aira González, Patricia, “Relaciones comerciales entre México y España. Reflexiones sobre el caso TECMED a la luz del derecho internacional”, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2009, PP. 97-157 file:///C:/Users/andy/Downloads/2670-2534-1-PB.pdf Consultado: 08/12/2017

para acallar las protestas de los ciudadanos, por lo tanto, la afectación a la inversión no era proporcional con los beneficios ambientales de la medida, de hecho, se concluyó que las medidas adoptadas no acarrearían ventajas ambientales. Además de señalar que las intenciones del gobierno mexicano de actuar conforme a su poder de policía, protegiendo el orden público, son menos importantes que la afectación realizada a la inversión:

“La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas para el dueño de los activos o los beneficios de los activos afectados por las medidas; y la forma de la medida de privación es menos importante que sus efectos reales.”¹¹²

El laudo arbitral, emitido por el panel el día 29 de mayo de 2003, impuso a Si la intención del gobierno es menos importante que los efectos sobre el inversionista, luego el razonamiento debe extenderse a una determinación de que el interés público es un factor menos importante que los intereses de los inversionistas extranjeros privados.

México fue condenado al pago de 5,533,017\$ millones de dólares, al considerar al gobierno de este país responsable de haber violado el acuerdo de inversiones entre México y España, específicamente la cláusula de trato justo y equitativo.

El tribunal señaló en el laudo que, para que un país no incumpliera la cláusula de trato justo y equitativo, debía de: a) no afectar las expectativas que el inversor tenía a la hora de realizar la inversión en dicho país y b) comportarse sin ambigüedad y con total transparencia, de tal manera que el inversor sepa todas las reglas y regulaciones existentes y sus objetivos antes de realizar la inversión.

¹¹² Cosby, Aaron, et al “Inversiones y desarrollo sustentable: una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones”, Manitoba, International institute for sustainable development, 2004, pp.44 http://test.iisd.org/pdf/2004/investment_invest_and_sd_es.pdf Consultado: 08/04/2017

**“The bar set by Tecmed is particularly high for some developing countries to meet. For one thing, many of them are constrained by a lack of financial, technical and human resources to bolster their regulatory regimes.”¹¹³*

“...El tribunal se concentró en el incumplimiento de las expectativas del inversionista respecto de un trato justo y equitativo. Aquí el tribunal manifestó para con el comportamiento del Gobierno exigencias bastante altas: que el Estado anfitrión actuara de una manera que fuera, entre otras cosas, transparente, exenta de ambigüedad y coherente. Desde luego, estas son expectativas razonables. Pero al considerarlas elementos de un nivel internacional mínimo de trato, el tribunal las elevó de expectativas a obligaciones jurídicamente vinculantes.”¹¹⁴

Casos como este reflejan la falta de una diferenciación hecha por los tribunales arbitrales entre regulaciones no compensables por tratarse de acciones de la administración en su poder de policía y acciones equivalentes a expropiación y, por lo tanto, compensables.

**“The lack of weight that is given to the public welfare role of government by arbitral tribunals in investor–state disputes is troubling, as the resulting awards can have far-reaching implications for host states... The concern is that even where states enact regulation in good faith, they can leave themselves open to investor claims of a violation of the stable legal and business framework component of the legitimate expectations requirement of fair and equitable treatment.”¹¹⁵*

¹¹³ Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al, “Investment treaties and why they matter to sustainable development: questions and answers”, International institute for sustainable development, Manitoba, 2012, p. 1-62

http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf Consultado: 08/04/2017

¹¹⁴ Cosbey, Aaron, et al “Inversiones y desarrollo sustentable: una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones”, Manitoba, International institute for sustainable development, 2004, pp.44

http://test.iisd.org/pdf/2004/investment_invest_and_sd_es.pdf Consultado: 08/04/2017

**El estándar puesto por Tecmed es particularmente difícil de alcanzar para algunos países en desarrollo. Por un lado, muchos de ellos están limitados por la falta de recursos financieros, técnicos y humanos para reforzar sus regímenes regulatorios.*

¹¹⁵ Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. U.K. Oxford, 2013, P. 170

**La falta de peso que los arbitrajes de inversión le dan al papel del gobierno en el bienestar público, es problemático, ya que los laudos pueden tener consecuencias de gran alcance para los Estados anfitriones...La preocupación es que, inclusive cuando los Estados promulgan regulaciones de buena fe, abren la puerta a que los inversores reclamen violaciones al requisito legítimo de expectativas de un trato justo y equitativo.*

Metalclad vs. México

Metalclad una compañía estadounidense adquirió la empresa mexicana Coterin con la finalidad de operar una estación de residuos peligrosos ubicada en Guadalcazar, San Luis Potosí. Anterior a la compra, Coterin había obtenido un permiso en 1990 para operar la planta de residuos, sin embargo, en 1991 esta planta fue clausurada porque la empresa no había dado un tratamiento adecuado a los residuos. Posteriormente, Coterin vuelve a solicitar un permiso de construcción, sin embargo, este permiso es denegado por el municipio de Guadalcazar por protestas ciudadanas. Sin embargo, en 1993 Coterin recibió una autorización del gobierno federal para abrir la planta a pesar de no haber obtenido el permiso del municipio. Metalclad compró Coterin con la condición de recibir todos los permisos del gobierno federal. La construcción de la obra continuó, pero el día de la inauguración una manifestación detuvo la apertura del depósito.

Mientras tanto, la SEMARNAP autorizó a Metalclad la operación del centro por un periodo de cinco años a cambio de que llevara a cabo la restauración ecológica del lugar. Por esta razón el municipio inició un procedimiento administrativo en contra de la SEMARNAP, el cual no prosperó. Después presentó un amparo, pero este fue desechado en 1999.

El dos de octubre de 1996, Metalclad envió al gobierno mexicano el aviso de intención de sometimiento a arbitraje. En septiembre de 1997 el gobernador de San Luis Potosí emitió un decreto ecológico que declaraba área natural protegida la zona en la que se ubicaba el centro. La empresa instauró una demanda contra México y solicitó una indemnización que ascendía los 120 millones de dólares, alegando violaciones a los principios de trato nacional, trato de la nación más favorecida, conforme al derecho internacional, violación a la prohibición de imponer requisitos de desempeño y actos equivalentes a la expropiación. Después de tres años en litigio, el 25 de agosto de 2000 el tribunal arbitral condenó a México al pago de diecisiete millones de dólares, puesto a que consideró que se había violentado el capítulo XI del TLCAN al no permitir el funcionamiento del relleno sanitario por carecer de la autorización municipal, pues ya había obtenido la autorización federal, por lo tanto, los actos de la

entidad equivalían a una expropiación indirecta. México impugnó el laudo ante la Suprema Corte de Columbia Británica, en Canadá. La Suprema Corte determinó que el laudo era válido, sin embargo, ordenó recalcular el monto de la indemnización. Finalmente, pagó una cantidad de 16 millones de dólares a Metalclad.

El caso de Metalclad fue parteaguas en la delimitación de las medidas equivalentes a expropiación:

“No es la invasión física de bienes lo que ha sido considerado importante en la determinación de una nacionalización o expropiación, sino la erosión de derechos asociada a las interferencias del Estado con derechos de propiedad.”

Esto significa que en muchos de los casos ya no requieren que el propietario (el inversionista) demuestre que se le ha despojado de la propiedad de los activos de su inversión. El énfasis se ha centrado en otros parámetros. Uno importante es la pérdida de control. Pérdida de control del inversor hacia sus inversiones. Si se utiliza a la pérdida de control como parámetro para indicar la existencia de medidas equivalentes a expropiación, entonces, cualquier ejercicio del Estado en su facultad de poder de policía es susceptible de ser una medida equivalente a expropiación, y, por lo tanto, indemnizable.

La enseñanza que deja casos como el de Metalclad es la importancia de coordinar diferentes ámbitos del gobierno, considero que en el caso Metalclad la corrupción jugó un papel importante.

2. MECANISMOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN DE PAGO.

2.1. La indemnización para la protección de derechos privado

La ley de protección a inversiones se desarrolló en el siglo XIX dentro del ámbito de la protección diplomática a los extranjeros. A través de ésta, se estableció un estándar mínimo internacional de trato a los extranjeros- este estándar incluía el trato que debían tener las compañías extranjeras- además de enfatizar la protección de la persona y sus propiedades mientras se encontraba en otro país:

“El estándar mínimo internacional es una norma de derecho internacional consuetudinario que regula el trato de los extranjeros mediante diferentes principios que los Estados, independientemente de su legislación nacional, deben respetar en relación con los extranjeros y sus propiedades.”¹¹⁶

Durante el periodo colonial, la doctrina del estándar mínimo estaba vinculada a la idea de la vida y de la libertad de los colonos, esta idea evolucionó como herramienta contra las expropiaciones y las medidas económicas de los países en desarrollo. Inversores y sus países demandaban una protección absoluta -un estándar mínimo de protección- donde la ley internacional y su protección diplomática salieran a su defensa.¹¹⁷ De esta manera, se desarrollan las condiciones bajo las cuales podía existir una expropiación de propiedad extranjera.

“La ley internacional en el siglo XIX permitía la expropiación de la propiedad extranjera sólo si las siguientes condiciones se daban: a) la expropiación era por motivos de orden público; b) no era arbitraria ni discriminatoria; c) una compensación pronta y efectiva era pagada.”¹¹⁸

Estas reglas internacionales relativas a la protección de las inversiones favorecían los intereses de los inversionistas y de los países exportadores de capital e ignoraban las necesidades sociales, económicas o de desarrollo de los países anfitriones, ni tampoco consideraban la capacidad de los países de pagar

¹¹⁶ Sánchez Mussi, Adriana, “International minimum of treatment” <https://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf> Consultado: 18/02/2017

¹¹⁷ Idem. p. 9

¹¹⁸ Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. U.K. Oxford, 2013, P. 132

el monto de la compensación. Por medio de estas reglas, los países exportadores de capital obtuvieron control sobre el proceso de protección a la inversión y así aseguraron que sus intereses comerciales y políticos se cumplieran. Ante este hecho, los países receptores de inversión, para aminorar la asimetría de las reglas relativas a la propiedad extranjera, abogaron por la aplicación del estándar de trato nacional, que se explicó en los antecedentes.

Defensores de este estándar argumentaban que era una intromisión a la soberanía de los países dotar a los extranjeros de derechos y privilegios que los colocaban en una mejor posición que los ciudadanos del Estado anfitrión. Sin embargo, aquellos que defendían el estándar mínimo internacional señalaban que el estándar de trato nacional no ofrecía suficiente protección a los inversores extranjeros y que las obligaciones legales internacionales no podían ser determinadas por la ley doméstica de cada país.

Finalmente, prevaleció el estándar mínimo internacional sobre el estándar de trato nacional, así hasta antes de 1917, era aceptado casi por toda la comunidad internacional que, si un Estado se apropiaba de la propiedad de un inversor extranjero, debía pagar una compensación adecuada y rápida. No fue sino hasta la Revolución Bolchevique que surgió una serie de expropiaciones extranjeras sin compensación.

Como se mencionó en los antecedentes, los países latinoamericanos se vieron influenciados por esta Revolución y empezaron a defender el uso de la Doctrina Calvo. Los países desarrollados estaban inquietos ante esta situación y desafiaron las acciones de la Unión Soviética, México y otros Estados de Latinoamérica.

“El caso más conocido y citado como antecedente que reconoce la obligación de pagar una compensación justa a los inversores extranjeros, es Chorsow Factory, que fue resuelto en varias ocasiones entre 1925-1929 por la Corte Permanente de Justicia Internacional.”¹¹⁹

¹¹⁹ Bohoslavsky, Juan Pablo, “Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento).” *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, julio de 2010 <https://www.cepal.org/es/publicaciones/3769-tratados-proteccion-inversiones-implicaciones-la-formulacion-politicas-publicas> Consultado: 27/11/2017

A partir de la implementación de la Constitución de 1917 y de las subsecuentes expropiaciones a empresas de mayoritariamente estadounidenses, México y Estados Unidos entraron en una serie de debates diplomáticos. Estados Unidos defendía la Formula Hull, la cual sostiene que ningún gobierno puede expropiar la propiedad privada, por el motivo que fuera, sin una pronta, adecuada y efectiva compensación. Al final, las partes llegaron a un acuerdo indemnizatorio, pero no basado en derecho sino en consideraciones políticas y de equidad.

Las discusiones en torno a los principios que debían gobernar la protección de las inversiones extranjeras se trasladaron al ámbito de las Naciones Unidas. En la Asamblea General se aprobó la Declaración de Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales la cual estipulaba que toda expropiación de la propiedad de un extranjero decidida por un Estado en ejercicio de su soberanía debía tener aparejada una indemnización acorde a los estándares del derecho internacional.

Después de la Segunda Guerra Mundial, ante los objetivos de alcanzar altos niveles de desarrollo económico en los países del tercer mundo mediante la liberalización del comercio, se empezaron a impulsar los tratados de inversión como anzuelo para atraer inversión extranjera en los países en desarrollo. Fue así como en el año de 1959 se firma el primer tratado bilateral entre Alemania y Pakistán, y aunque Latinoamérica seguía renuente a abrir su comercio, fue en los noventas ante las crisis financieras y la caída de la Unión Soviética que se asistió a la expansión de la inversión extranjera directa en los países de América Latina.

“La mayor parte de los Estados latinoamericanos reformaron sus legislaciones internas y comenzaron a suscribir una serie de tratados con los países exportadores de capital, reconociendo así derechos y garantías adicionales a las ya establecidas en la normativa local. En este escenario de globalización y liberalización de la economía mundial, los países de América Latina tuvieron entonces como objetivo principal, entonces, lograr una mayor apertura a las inversiones foráneas, insertándose en la arena

internacional, y otorgando al inversor extranjero las garantías exigidas por su actividad.”¹²⁰

Con esto, se retornó a la corriente tradicional de protección a las inversiones y con ello se regresó a la asimetría legal entre los derechos del inversor y del Estado. Por ejemplo, la mayoría de los tratados de inversión recogen el término de expropiación indirecta. La cual, los tribunales arbitrales la han interpretado como toda acción del gobierno, que no implique la apropiación física de la propiedad extranjera, que afecte en el capital del inversor extranjero.

“Ninguna Parte Contratante expropiará o nacionalizará una inversión, directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) conforme al principio de legalidad; y d) mediante el pago de una indemnización.”¹²¹

Con esta protección, los inversores pueden recibir indemnización por cambios legislativos, impuestos, revocación de licencias o cualquier otra acción del gobierno que busca salvaguardar el bien público. Esta protección tan amplia que los tratados de inversión confieren a los inversionistas reside en la finalidad de estos: los tratados de inversión son documentos de corte liberal en tanto promueven la libre circulación de capital y la escasa intervención gubernamental con la convicción de que se va a generar mayor prosperidad en los países en desarrollo. Sin embargo, ante la incertidumbre política y legal que se vive en los países del tercer mundo y ante el antecedente de expropiaciones del siglo XX, los inversores necesitan seguridad jurídica para reducir el riesgo que implica invertir en éstos. De esta manera, la posibilidad de recibir indemnización ante cualquier acción que puedan tomar las autoridades del Estado receptor es una manera de asegurar la inversión del extranjero.

¹²⁰ Granato, Leonardo y Oddone, Nahuel Carlos, “Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?”, *Revista Universidad EAFIT*, Argentina, núm. 148, vol. 43, 2007, pp. 25-41 file:///C:/Users/andy/Downloads/687-1-1995-1-10-20120523.pdf Consultado: 28/11/2017

¹²¹ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y España, Secretaría de economía, octubre 2006, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2422/SE_espana_appri.pdf Consultado: 08/12/2017

“Los inversionistas extranjeros se apoyan en estos tratados para buscar indemnizaciones cuando las medidas de los gobiernos afectan sus intereses.”¹²²

“Los tratados de inversión consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confieren los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos.”¹²³

Establecer el pago de una indemnización, ya sea por expropiación directa o indirecta, asegura la protección efectiva de los derechos del inversor.

Las medidas que pueden implicar indemnización van desde la expropiación hasta prácticamente cualquier regulación que se quiera imponer. Es así como se pueden dar casos como el de la tabaquera Phillip Morris que demandó indemnización a Uruguay y Australia porque estos dos países introdujeron advertencias en las cajetillas de cigarrillos acerca del daño que el tabaco genera a la salud, afectando los intereses de la empresa. Otro caso es el de la compañía Vattenfall que demandó a Alemania por tomar medidas de desuso de energía nuclear.

Como se mencionó al inicio de este capítulo, para pagar las indemnizaciones los Estados hacen uso del erario público, esto es importante considerando que a veces estas indemnizaciones pueden repercutir de manera importante en las finanzas de un país y más si es del tercer mundo, por ejemplo, en el 2004 un inversor de Estados Unidos ganó un arbitraje en contra de Ecuador. La cifra equivalía al gasto que Ecuador asignaba al sector salud en el transcurso de un año.

**“In 2004, a U.S. investor won an arbitration against Ecuador... The award and claim amount relative to government expenditure were 1.92% and 7.5%. The importance of these numbers becomes clear in the light that*

¹²² Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al, “Investment treaties and why they matter to sustainable development: questions and answers”, International institute for sustainable development, Manitoba, 2012, p. 1-62
http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf Consultado: 08/04/2017

¹²³ Granato, Leonardo y Oddone, Nahuel Carlos, “Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?”, *Revista Universidad EAFIT*, Argentina, núm. 148, vol. 43, 2007, pp. 25-41 file:///C:/Users/andy/Downloads/687-1-1995-1-10-20120523.pdf Consultado: 28/11/2017

Ecuador spends annually around 7% of their government expenditure on health.”¹²⁴

De esta manera, a través de la historia de las indemnizaciones se pueden apreciar las desigualdades entre los inversores y los países receptores, que en su mayoría son países del tercer mundo que buscan atraer inversión bajo la promesa del progreso económico. Consideramos que la inversión extranjera tiene diferentes fallas en su estructura que no le permiten ser beneficiosa a los países que la reciben. Estas fallas tienen su origen en las bases ideológicas sobre las que está cimentada, mismas que se pueden identificar como: primero, el colonialismo -que legitima la explotación de los recursos de las naciones colonizadas- y segundo, el neoliberalismo, que a través de sus instituciones como lo son el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional imponen medidas de desregularización y de apertura comercial más para el beneficio de países desarrollados que para el progreso de los países en desarrollo.

2.2. La protección de derechos privados frente a la protección del medio ambiente

Retomando la idea del apartado anterior, los inversionistas pueden demandar al Estado anfitrión por casi cualquier medida estatal que afecte a sus intereses, y en caso de ganar la demanda, recibir una indemnización por parte del Estado. Esto resulta un problema en la esfera del derecho ambiental, ya que, ante la amenaza de recibir una demanda, los Estados pueden inhibirse de tomar cualquier medida en pro del interés público y, por lo tanto, en beneficio del medio ambiente.

En algunos casos, la regulación ambiental adoptada por algunos países ha sido invocada como violación a lo estipulado en los tratados de inversión, como ejemplo tenemos a los casos SDMyers; Ethyl Corporation; Metalclad; Clayton and Bicon of Delaware vs. Canadá; y Marion Uglabe vs. La República

¹²⁴Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al, “Investment treaties and why they matter to sustainable development: questions and answers”, International institute for sustainable development, Manitoba, 2012, p. 1-62

http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf Consultado: 08/04/2017

*En el 2004 un inversor de los Estados Unidos ganó un arbitraje contra Ecuador... El monto de la adjudicación y la reclamación en relación con el gasto público fue de 1.92% y 7.5%. Estos números se vuelven importantes bajo el conocimiento de que Ecuador invierte un 7% del gasto público en el sector salud.

de Costa Rica. Lo anterior es resultado de las garantías que tiene el inversor frente al Estado, mismas que se resumen en: trato nacional, trato de la nación más favorecida, prohibición de la discriminación, trato justo y equitativo y prohibición de la expropiación sin compensación (mismas garantías que se explicarán en el capítulo IV) y que permiten que el inversor demande al Estado por cualquier violación a éstas.

Por otra parte, la interpretación de estos principios es ambiguo y depende de cada tribunal, lo que genera incertidumbre en el Estado respecto a las políticas públicas que debe adoptar pero que pueden resultar violatorias de alguno de estos principios. Por ejemplo, en el caso de la expropiación indirecta (que se explicó en el apartado anterior), resulta difícil identificar cuándo el inversor tiene derecho a recibir indemnización, por lo tanto, en el caso de las medidas ambientales, resulta difícil determinar cuándo es el ejercicio legítimo del Estado de regular o cuándo una expropiación ha ocurrido. Es en este contexto donde la protección ambiental y el derecho de inversión entran en conflicto, en la forma de alegaciones de que la regulación ambiental resulta un incumplimiento del tratado de inversión.

Por ejemplo, en el caso *Azurix corp. Vs Argentina*: En 1999, la compañía norteamericana obtuvo una concesión por treinta años para operar el servicio del agua en una provincia de Argentina. Sin embargo, en el año 2001, los suministros de agua se contaminaron con bacteria tóxica, lo que provocó que Argentina le revocara la concesión a Azurix. El gobierno emitió regulaciones que prohibían a la compañía cobrar por el suministro del agua a los residentes en el periodo en que la contaminación tuvo lugar. Azurix llevó el caso a los tribunales arbitrales alegando que, las acciones del gobierno de Argentina eran equivalentes a expropiación y constituían una violación al principio del trato justo y equitativo. La compañía argumentó que la contaminación del agua fue resultado de la mala infraestructura del gobierno y no responsabilidad de la compañía, así, Azurix demandó a Argentina por una cantidad de \$6,600 millones de dólares por daños.

El tribunal resolvió que las acciones del gobierno de Argentina no constituían expropiación indirecta, sin embargo, sí violaban el principio de trato

justo y equitativo. Refirió que el inversor tiene derecho a saber de antemano todas las medidas que van a ser adoptadas por el gobierno anfitrión. Basados en estas consideraciones, el tribunal encontró que las acciones de Argentina reflejaban un patrón penetrante de incumplimiento del trato justo y equitativo. Argentina pagó una indemnización de \$165 millones de dólares¹²⁵.

Como se puede observar en el caso anterior, las garantías del inversionista son tan amplias que, es fácil que el Estado caiga en incumplimiento de alguna de ellas al momento de regular la actividad de la empresa, además el argumento por el cual el tribunal concedió el derecho a indemnización se considera absurdo, es difícil que una compañía pueda saber de antemano todas las regulaciones que va a tomar el país anfitrión, ya que el derecho está en constante cambio, esto resulta aún más complicado en los países en desarrollo que apenas adoptan medidas en materia de derechos humanos y derecho ambiental.

**“The concern is that even where states enact regulation in good faith, they can leave themselves open to investor claims of a violation of the stable legal and business framework component or the legitimate expectations of fair and equitable treatment.”¹²⁶*

Otro problema al respecto es que las motivaciones ambientales al momento de que los tribunales determinan el monto de la indemnización, no se toman en cuenta, por ejemplo, en el caso Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs Costa Rica, que involucraba un área selvática con población endémica situada en Guanacaste provincia de Costa Rica. La zona era propiedad de una compañía costarricense que fue formada por ciudadanos americanos, Compañía del Desarrollo de Santa Elena. El interés inicial de la compañía era transformar el área en un resort. El gobierno de Costa Rica decidió expropiar la propiedad. No se discutió el derecho del gobierno a expropiar dada

¹²⁵Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. U.K. Oxford, 2013, P. 167

¹²⁶ Van Harten, Gus, *Investment treaty arbitration*. U.K. Oxford, 2007, pgs. 93-94

* *La preocupación es que, inclusive cuando los Estados promulgan regulaciones de buena fe, abren la puerta a que los inversores reclamen violaciones al requisito legítimo de expectativas de un trato justo y equitativo.*

la naturaleza del terreno. Sin embargo, sí hubo conflicto referente al monto de la indemnización.

Costa Rica argumentó que tenía la obligación de proteger este sitio ecológico, y que las razones por las cuales el terreno fue expropiado deberían de ser tomadas en consideración al momento de calcular el monto de la indemnización. El tribunal sostuvo que los objetivos ambientales de la expropiación, y el hecho de que el gobierno actuó en cumplimiento de las obligaciones ambientales, no alteraba la aplicación de las leyes internacionales en materia de protección a inversiones.¹²⁷

“Mientras que una expropiación por razones ambientales puede ser legítima, el hecho de que la propiedad fue tomada por esta razón, no afecta la naturaleza o la medida de la indemnización que debe ser pagada por la expropiación. Esto es, el propósito de proteger el medio ambiente no altera el carácter de la expropiación, por lo cual, una indemnización adecuada debe ser pagada.

La fuente internacional proteger al medio ambiente no hace la diferencia. Las medidas ambientales sin importar que puedan ser benéficas para la sociedad son similares a cualquier expropiación, por lo tanto, necesitan indemnización.”

Como se puede observar en el caso anterior, las autoridades costarricenses alegaban que el monto de la indemnización fuese menor por tratarse de la expropiación de un terreno protegido, sin embargo, el tribunal no tomó en cuenta este hecho e indemnizó a la empresa como si se tratara de cualquier expropiación.

El problema con estas resoluciones es que disuaden a los países de adoptar medidas ambientalistas ante la amenaza de pagar indemnizaciones multimillonarias. De esta manera, la ley internacional de inversiones puede frustrar los objetivos de protección al medio ambiente. Lo que a larga genera inversión extranjera a costa del medio ambiente ya que son precisamente las

¹²⁷ Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. U.K. Oxford, 2013, P. 167

leyes y la administración de los países receptores lo que va a permitir que la inversión extranjera favorezca al desarrollo sostenible. En conclusión, los Estados deben incluir la protección al medio ambiente, al desarrollo sostenible y a las políticas públicas en sus tratados de inversión, para que exista un desarrollo sustancial en los Estados signatarios, ya que, las políticas económicas desregularizadas pueden ser muy dañinas al medio ambiente. Resulta desconcertante que las leyes de derecho internacional de inversiones estén al margen de su contexto social y medio ambiental. La promoción de inversión extranjera que enfatice la necesidad de desarrollo sostenible debería ser requisito *sine quo non* para la firma de tratados. Y aún resulta más sorprendente que los ciudadanos siendo los principales afectados por las decisiones de los árbitros en cuanto a que estas resoluciones tienen repercusión en el erario público y en el medio ambiente, poco sepan cuando uno de estos arbitrajes se lleva a cabo. Es importante que los ciudadanos tengan conocimiento de estos arbitrajes para poder defender sus derechos. De esta manera, los árbitros deben escuchar a la población afectada a fin de dar una resolución más imparcial.

3. LA PROTECCIÓN DEL ERARIO PÚBLICO

3.1. El interés general en la protección de los recursos públicos

En este trabajo se ha hecho mención de lo limitado que es el acceso que las personas tienen a los procedimientos arbitrales, por ejemplo, instituciones arbitrales como el CIADI y la Convención de Nueva York son taciturnas con respecto al tema de acceso público a documentos y es que, como tal, no existen reglas que obliguen a las partes a mantener la información como confidencial, pero tampoco existen reglas que faciliten u obliguen a compartir los documentos con el público. Con respecto a las audiencias, el acceso público también es limitado e incierto, tanto el CIADI y la Convención de Nueva York señalan que las audiencias pueden ser públicas, sin embargo, si una de las partes no está conforme, las audiencias serán cerradas.

El origen contractual de este mecanismo privado de solución de controversias determina quién entra al proceso arbitral y a quien no se lo admite como parte. Al respecto, el IISD (Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible) señala:

“Desde una perspectiva de interés público, el modelo actual de solución de controversias tiene deficiencias de transparencia, legitimidad y responsabilización.”¹²⁸

Para que exista un proceso arbitral transparente se deben considerar al menos cinco aspectos: la publicación de documentos; la publicación de laudos; el acceso del público a las audiencias y la participación de terceros como *amicus curiae*.

Consideramos que uno de los principales problemas del arbitraje de inversión es su visión unilateral enfocada en el derecho comercial internacional, donde los sujetos de la litis son entes privados y por eso se le da peso a la secrecía de las resoluciones, sin embargo, es importante recordar que el Estado es un ente público y que los laudos arbitrales resueltos en arbitrajes de inversión

¹²⁸ Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al, “Investment treaties and why they matter to sustainable development: questions and answers”, International institute for sustainable development, Manitoba, 2012, p. 1-62 http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf Consultado: 08/04/2017

son susceptibles de tener un impacto significativo tanto en el desarrollo de políticas públicas, como en el presupuesto nacional de un Estado y, por ende, en el bienestar de sus ciudadanos.

“El interés público podría centrar su atención, no solo en la manera cómo el gobierno de turno asume su defensa, sino en la responsabilidad que podría serle imputada y la consiguiente indemnización, cuya ejecución podría afectar la disponibilidad de fondos públicos y el uso de bienes o servicios públicos.”¹²⁹

Para ejemplificar la problemática anterior expondremos el caso de Aguas del Tunari vs. Bolivia donde en 1999 una subsidiaria de la transnacional norteamericana Bechtel, se hizo cargo de la prestación de servicio de agua potable en Cochabamba y subió las tarifas en más del 50%. Ante las presiones de los ciudadanos, en el año 2000 el Presidente Evo Morales le revocó la concesión, sin embargo, un año después, Aguas del Tunari-Bechtel demandó a Bolivia ante un panel de arbitraje del Banco Mundial por 25 millones de dólares. Cabe señalar que, Bechtel es una empresa de San Francisco (EE. UU) que en el año 2001 reportó ingresos por 14,3 mil millones de dólares. Es decir, dos veces todo lo que produce Bolivia en un año y casi 10 veces su gasto público. Los 25 millones de dólares que exige la Bechtel representan para Bolivia los sueldos por un año de 3.000 médicos rurales o los salarios por un año de 12.000 profesores fiscales; o 125.000 nuevas conexiones de agua potable en Cochabamba. Para la Bechtel 25 millones de dólares representan los gastos de una semana y media de papelería.

En este caso, hubo ocho peticionarios que aplicaron para ser *amicus curiae* que defendían tener interés directo en la materia sujeta a arbitraje y por razones de transparencia se refirieron al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

¹²⁹ Sánchez Bravo, Guillermo, “Amicus Curiae, la transparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversión”, Lima arbitration, núm. 5, 2012/2013 http://limaarbitration.net/LAR5/Guillermo_Sanchez_Bravo.pdf Consultado: 06/07/2017

“Toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores...”

El tribunal rechazó la petición bajo el argumento de que no tenía competencia para resolver acerca de la petición e hizo énfasis en la naturaleza contractual del arbitraje por lo que se debía apelar a lo que las partes acordaron en el tratado de inversión. Como las partes no acordaron la participación del *amici curiae* ni el tratado decía algo al respecto, el tribunal consideró que no tenía la facultad para admitir a un tercero en el proceso; para admitir a terceros en las audiencias y, después, al público en general.

Esto es común en los arbitrajes de inversión, por ejemplo, hasta el 2007, de 110 casos sólo en dos se permitió la audiencia pública a pesar de que estas disputas implicaban la resolución de cuestiones relacionadas con la explotación de recursos naturales y servicios esenciales como el agua.

La falta de transparencia por parte de organismos como el CIADI, choca con las numerosas convenciones que relacionan esta quiebra procesal con la corrupción. Inclusive el acceso a datos generales resulta muy complejo, ya que únicamente el CIADI dispone de un registro público de demandas interpuestas cuyo contenido es muy limitado y no incluye ni el fallo ni el importe de la indemnización. Por otra parte, la mayoría de las audiencias se llevan a cabo en países desarrollados, lo que dificulta la transparencia y encarece los costes. A esto se le suma la ausencia de mecanismos legales para que la población pueda apelar las resoluciones de los árbitros cuando se vean afectados por éstos. Además, los laudos de los árbitros tienen un marco de revisión sumamente limitado a nivel internacional y directamente nulo a nivel local. Los jueces nacionales no pueden controlar el laudo y deben ponerlo en práctica como si fuera una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.¹³⁰ Por ejemplo, en el ámbito del derecho mexicano los laudos de autoridades extranjeras no pueden

¹³⁰ Boholavsky, Juan Pablo, “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, *Revista del tribunal permanente de revisión*, Paraguay, núm. 5, marzo 2015, pp. 65-94 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830174.pdf>
Consultado: 15/07/2017

ser impugnables mediante amparo. Sólo podría ser impugnable la ejecución del laudo, siendo autoridad responsable el juez que ejecuta. Sin embargo, esto conllevaría al incumplimiento del laudo y, por lo tanto, a responsabilidad internacional. A pesar de lo anterior, el amparo sí opera contra tratados internacionales, lo que significa que las personas en ejercicio de su interés legítimo pueden oponerse a la celebración de un tratado internacional que omita disposiciones en materia de derechos humanos y sociales.

3.2. Interés legítimo en la firma de tratados de inversión

La participación ciudadana en los arbitrajes resulta indispensable porque tienen una influencia importante en diferentes ámbitos de un país. Sin embargo, la población no cuenta con los mecanismos legales para apelar las resoluciones de los árbitros, a pesar de que a veces éstos pueden *contravenir valores y principios de justicia*. Por ejemplo, el juicio de amparo, institución de la que se hablará a lo largo de este apartado, no opera contra actos de autoridades extranjeras ni contra actos de autoridades supranacionales, lo que significa que, mediante amparo no podrá impugnarse el fallo de un panel del CIADI o de la Convención de Nueva York.

“Está fuera de duda que no es factible interponer amparo, en México, contra actos de autoridades de países distintos al nuestro, ya que opera el principio de inmunidad de jurisdicción que no permite que autoridades extranjeras actúen con potestad en el país.”¹³¹

A pesar de esto, consideramos que los ciudadanos tienen derecho a estar informados acerca de los:

A) arbitrajes de inversión por implicar cuestiones de orden público que afectan a la comunidad y porque los laudos pueden conllevar una indemnización que es pagada con dinero público. Los arbitrajes son entre un Estado y un ente privado, por lo tanto, éstos deben ser información pública.

La declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 19 reconoce el derecho a *todo individuo* de investigar y recibir informaciones y

¹³¹ Arellano García, Carlos “El juicio de amparo y los tratados internacionales”
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/11.pdf> Consultado: 11/12/17

opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. También el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 19 que *toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*, derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.¹³²

“El derecho a la información es un pilar del Estado de derecho; no puede haber vigencia del Estado de derecho sin derecho a la información, ya que éste a su vez garantiza la libertad de pensamiento. En consecuencia, sin derecho a la información tampoco podría ejercerse el control ciudadano de la gestión pública.”¹³³

B) y de los tratados internacionales que México ratifica: La Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica señala:

“Sin distinción alguna los ciudadanos y las organizaciones empresariales, ciudadanos y sindicatos podrán emitir su opinión ante el Senado acerca del Tratado Internacional que se quiere celebrar.”¹³⁴

Sin embargo, no se señala el mecanismo mediante el cual se va a hacer efectivo este derecho, lo que hace susceptible a que se violente, como sucedió en el caso de *El Zapotillo*.

El concepto de interés legítimo ha sido utilizado con mayor frecuencia a partir de la reforma del 2011 a la Constitución Política mexicana y la ley de amparo, sin embargo este concepto ya había sido acuñado por el derecho administrativo aunque todavía no existía una distinción clara entre interés jurídico y legítimo, por esta situación, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis jurisprudencial 141/2002 hace una distinción entre interés jurídico e interés legítimo:

“INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO...Así, el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la

¹³² Pan, Jorge, “Breve reseña del derecho a la información”, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR http://www.observatoriomercosur.org.uy/libro/resena_del_derecho_a_la_informacion_18.php Consultado: 02/10/2018

¹³³ Ídem

¹³⁴ Ley Vigente sobre la Aprobación de Tratados en Materia Económica, 2004, art. 11

afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.”

Posteriormente con la incorporación de este concepto en el artículo 107 constitucional, en la doctrina se han construido diversas definiciones de lo que significa interés legítimo. Ulises Schmill y Carlos de Silva Nava se refieren al interés legítimo como:

“Aquel que resulta de una afectación indirecta al status jurídico del individuo en la medida en que la persona sufre una afectación no en sí misma, sino por encontrarse en una especial situación frente al orden jurídico que le permite accionar para obtener el respeto a su interés jurídicamente tutelado aunque no goce de un derecho subjetivo reflejo individual.”¹³⁵

Puede estimarse que la afectación al interés legítimo se da en la medida en que el sujeto forma parte de un colectivo, dicho colectivo tiene interés en que el orden opere de manera efectiva.

“El interés legítimo supone la afectación indirecta al individuo que se encuentra en una situación especial, tal situación especial consiste en que el individuo forma parte de un colectivo tiene interés en que el orden opere de manera efectiva.”¹³⁶

De esta manera, si una persona vive en un pueblo donde se va a construir una planta de desechos tóxicos, por medio de su interés legítimo puede impugnar la construcción de esta planta porque el funcionamiento de ésta implica una afectación a la comunidad en la que vive, aunque de manera directa la

¹³⁵ Schmill, Ulises y Silva Nava, Carlos de, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, *Isonomía*, México, núm.38, abril 2013, pp. 247-268

http://www.isonomia.itam.mx/Nueva%20carpeta/Isono_38_8.pdf Consultado: 11/12/2017

¹³⁶ Cruz Parceró, Juan Antonio, “El concepto de Interés de legítimo y su relación con los derechos humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, México, núm.39, Octubre 2013, pp.185-213

file:///C:/Users/andy/Downloads/EL%20CONCEPTO%20DE%20INTER%20C3%89S%20LEG%20C3%8DTIMO%20Y%20SU%20RELACI%20C3%93N%20CON%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20(ART%20C3%8DCULO%20ITAM).pdf Consultado: 11/12/2017

persona no tenga una afectación. De manera individual, el funcionamiento de la planta vulnera los derechos humanos de las personas, tales como: derecho a la salud, al medio ambiente sano, etc.

En este trabajo, el interés legítimo se entiende como un presupuesto procesal que permite hacer efectivo la protección de una colectividad ante la amenaza de afectación al orden jurídico, y, por lo tanto, a los derechos humanos de las personas que habitan dicha comunidad. Acorde a este principio, las personas pueden impugnar la creación o ratificación de un tratado internacional cuando se considere que éste va en contra del orden jurídico del país. De hecho, como ya se mencionó, el tratado internacional sí puede ser acto reclamado en el juicio de amparo.¹³⁷

Se considera que los ciudadanos cuentan con interés legítimo de imponer que los tratados de inversión prevean la inclusión de cláusulas de protección a derechos humanos. Por ejemplo, la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, permite la opinión ciudadana- y ante la omisión del Senado, cabe el juicio de amparo.

“El amparo mexicano es la institución jurídica por la que una persona física o moral, denominada quejoso, ejercita el derecho de acción ante un órgano jurisdiccional federal, local o municipal, denominado “autoridad responsable”¹³⁸, un acto o ley que el citado quejoso estima, vulnera las garantías individuales...”

La conducta de la autoridad responsable puede ser positiva, denegadora u omisiva. La conducta del órgano estatal es positiva cuando la conducta es activa y consiste en un hacer. Es denegadora cuando la respuesta al gobernado es adversa en el sentido de dar una respuesta negativa a las gestiones que se han realizado y es omisiva cuando el órgano del Estado se abstiene de actuar, siendo que su deber es actuar como se le requiere.

¹³⁷ Arellano García, Carlos “El juicio de amparo y los tratados internacionales”, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/11.pdf> Consultado: 11/12/2017

¹³⁸ Ídem.

El tratado internacional puede ser catalogado como un acto reclamado en el juicio de amparo cuando hay injerencia de autoridades estatales mexicanas en el mismo. Esto significa que, se va a impugnar la actuación de las autoridades mexicanas que participan en la creación o aplicación de un tratado internacional y que, al hacerlo, violan garantías individuales. El presidente de la República y el Senado son autoridades estatales mexicanas y sus actos están sujetos a la constitucionalidad y legalidad, así pues, los desvíos que atenten contra la Constitución constituyen actos que se pueden reclamar mediante el juicio de amparo.

Por otro lado, a partir de la reforma del 2011, se incorpora el interés legítimo como presupuesto procesal en el juicio de amparo:

“Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: 1) El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo 103 y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.”

De esta manera, los ciudadanos pueden reclamar la incorporación de cláusulas arbitrales en los tratados de inversión.

CAPÍTULO III: ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.

1. EL ORDEN PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

1.1. Noción de orden público

En este apartado explicaremos qué es el orden público, un término bastante referido en los capítulos anteriores y que es de importancia para el desarrollo de este trabajo porque la protección a éste por parte del Estado resulta en una de las mayores causas de conflicto en materia de protección a inversiones.

La Constitución establece límites a la libertad de actuación de las personas:

“La expresión formal a tales limitaciones se halla en términos como interés público, beneficio social, derechos de la sociedad, utilidad pública, orden público o interés social.”¹³⁹

Dado a que es un término multívoco, es difícil precisar los contenidos de tales términos.

“La doctrina más autorizada los ha considerado como conceptos jurídicos indeterminados; su empleo los conforma como una técnica legislativa, que se refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no parecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto.”¹⁴⁰

Roldán Xopa¹⁴¹ señala que la ambigüedad de estos términos se da porque en lenguaje jurídico positivo se emplean como sinónimos, lo que hace difícil delimitar sus características. Por otro lado, José Béjar¹⁴² menciona que ha sido difícil precisar qué es el orden público debido a que es un concepto que varía de territorio a territorio, aún dentro de un mismo Estado, este orden público

¹³⁹ Roldán, José, “Derecho administrativo”, México, Oxford, 2013, Colección textos jurídicos universitarios, p.296

¹⁴⁰ García De Enterría, Eduardo, “Curso de derecho administrativo I”, Madrid, Civitas, 1995, p. 446

¹⁴¹ Roldán, José, “Derecho administrativo”, México, Oxford, 2013, Colección textos jurídicos universitarios, p.296

¹⁴² Béjar Rivera, Luis José, “Orden público”, en Olivos Campos, José René (Coord.), Derecho administrativo, México, Porrúa, 2014, p. 224

es cambiante dependiendo de la región y costumbres propias de cada comunidad.

Al respecto del término *orden público* la Enciclopedia Jurídica Mexicana en su tomo V, describe:

“En sentido general, orden público designa al estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. Esta idea está asociada con la idea de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno y policía. En un sentido técnico, la dogmática jurídica se refiere con orden público al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios o normas que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero.”

Esta definición refleja un concepto muy amplio de orden público, pues por una parte se asocia a la paz pública, es decir, la convivencia entre los individuos de una colectividad, y por la otra al conjunto de valores e instituciones metalegales que le dan vida al propio Estado.

“Mediante el orden público, el Estado prevalece por encima de los convenios entre los particulares; aún más, esta metarregla les da vida a las normas jurídicas ordinarias, si queremos entender al orden público como un conjunto de principios, tradiciones, costumbres, usos, valores y sentimientos que precisamente le dan sentido al orden jurídico positivo.”¹⁴³

Por otro lado, Roldán Xopa, citando a Cortés Campos nombra las características del orden público y señala que se caracteriza por: limitación al principio de irretroactividad de las leyes, limitación a la aplicación extraterritorial de leyes, limitación a la autonomía de la voluntad, elemento de validez del acto jurídico, condición de coexistencia pacífica de la sociedad, criterio para determinar la prevalencia de un derecho sobre otro y como cualidad atribuida al

¹⁴³ Ídem

procedimiento en general.¹⁴⁴ El ordenamiento jurídico establece limitaciones de los derechos y el orden o interés público es el fundamento que las justifica.

Para el tema que se trata en esta tesis interesa la referencia que el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito que en tesis aislada hace del Orden Público:

“ALCANCE DEL CONCEPTO PARA EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. No es ajeno a la función de los juzgadores apreciar la existencia del orden público en los casos concretos que les someten para su resolución; de ahí que corresponda al juzgador, haciendo uso de la facultad que como tal está dotado, apreciar cada caso concreto que se le presente y determinar, tomando en consideración las circunstancias del mismo, si de concederse la suspensión se seguiría perjuicio al interés social y se contravendrían disposiciones de orden público, dado que no basta que el acto se funde formalmente en una ley de interés público, o que en forma expresa o implícita pretenda seguir una finalidad de interés social, para que la suspensión sea improcedente conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo, sino que es menester que las autoridades responsables aporten al ánimo del juzgador elementos de convicción suficientes para que pueda razonablemente estimarse que, en el caso concreto que se plantee, la concesión de la suspensión causaría tales perjuicios al interés social o que implicaría una contravención directa e ineludible, por los efectos de la suspensión, a la disposición de orden público, no sólo para el apoyo formalmente buscado en dichas disposiciones, sino por las características materiales del acto mismo.”¹⁴⁵

Este criterio interesa porque menciona a la actividad jurisdiccional con el poder discrecional de garantizar el orden público. Si bien la Administración pública en ejercicio de su facultad de poder de policía también salvaguarda el orden público mediante los actos administrativos, el juzgador tiene un papel

¹⁴⁴ Roldán Xopa, José, “Derecho (...)” Op. Cit.p. 296

¹⁴⁵ Amparo en revisión 30/89. Carolina Santillana Orduña. 1o. de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/228/228764.pdf> 02/10/2011

sobresaliente al momento de ponderar el orden público con los derechos individuales.

Cabe destacar que entre las funciones del orden público se encuentra la “*limitación a la aplicación extraterritorial de las leyes*” que refiere al conflicto de normas entre nacionales e internacionales en las que el juez tiene que decidir qué norma es la aplicable. Dice el artículo 15 de la fracción II del Código Civil Federal:

“...No se aplicará el derecho internacional cuando sus disposiciones o el resultado de su aplicación sean contrarias a principios a instituciones fundamentales del orden público mexicano.”

Este artículo es acorde con la contradicción de tesis 293/2011 la cual refiere que en caso de que se dé una contradicción entre la Constitución y una norma contenida en un tratado internacional, si aquella protegiera en mayor medida el derecho respectivo, se deberá aplicar la Constitución.¹⁴⁶

Asimismo, la Convención de Nueva York señala que un laudo será anulable cuando éste sea contrario al orden público del país receptor. Sin embargo, la falta de acuerdo en cuanto a lo que orden público significa, hace difícil que un laudo se anule por estos motivos. Además, los jueces nacionales pueden ver frustrada su potestad de salvaguardar el orden público cuando se encuentran cara a cara con la imposibilidad de invocar el ordenamiento nacional y sus principios como justificativo del incumplimiento de ordenamientos internacionales.¹⁴⁷ Por ejemplo, la Convención de Viena imposibilita a los países invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, sin embargo, ésta también establece que todas las naciones soberanas tienen un interés en definir particularmente lo que ellas consideran propio de su orden público. A pesar de esto, los impulsores del derecho internacional privado opinan que una mala determinación de los alcances del concepto orden público, entraña un potencial uso abusivo o

¹⁴⁶ Corcuera, Santiago, “Los derechos humanos aspectos jurídicos generales”, México, Oxford, 2016, p.239

¹⁴⁷ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión”

<https://carlosoposito.files.wordpress.com/2010/09/control-convencionalidad-bits-bohos-justo.pdf> Consultado: 14/09/2017

proteccionista del concepto mismo que va en contra de lo que en materia de derecho internacional comercial se ha construido hasta ahora.

“En un mundo cada vez más interconectado y con un intercambio de ideas creciente, no sería extraño suponer que algún gobierno pudiera sucumbir ante la tentación de invocar la protección de estos nebulosos ideales para respaldar a su economía local frente a los embates de la extranjera. Esto en tanto que el concepto de orden público no puede ser definido como blanco o negro.”

Sin embargo, ya se han hecho los primeros cambios en algunas partes del mundo, por ejemplo, las cortes de primera instancia de Francia han llegado a incorporar el test del orden público al decidir en el trámite de exequatur para la ejecución de laudos dictados por tribunales del CIADI. También, la Corte Suprema de India dejó sin efecto un laudo que comprometía a dos sujetos nacionales por contener un error patente de derecho en el cálculo de daños y de esa manera comprometer el interés público.

1.2. La actividad de policía ordenación del Estado

El origen etimológico de policía es *politeia*, palabra que evoca una inicial identificación de la policía con el conjunto de la actividad y funciones públicas que se desarrollan en todas las organizaciones políticas, desde la originaria *poli* griega hasta el Estado moderno.¹⁴⁸ La delimitación de policía se daría a finales de la Edad Media, considerando solamente aquellas actividades relacionadas al mantenimiento de la seguridad y a la promoción del bienestar. En Alemania se concibe la distinción entre policía del bienestar y policía de seguridad. La policía administrativa, en su sentido genuino y estricto, vendrá entonces a identificarse con esta última, la policía de seguridad. El objetivo fundamental de esta actividad de la administración es el mantenimiento del orden y la seguridad pública, evitando y rechazando los peligros que pudieran perturbarla. Así, la actividad de policía, en su acepción tradicional, es una forma de intervención de la administración con la finalidad de mantener el orden público.

¹⁴⁸Esteve Pardo, José, “Lecciones de derecho administrativo”, Madrid, Marcial Pons, 2011, p.357

“La policía consiste en una forma de actividad administrativa dirigida al mantenimiento del orden público que se caracteriza por el uso de la coacción y la imposición de limitaciones a la actividad de los particulares.”¹⁴⁹

La policía tiene detrás un poder coactivo que es susceptible de tres manifestaciones: policía de seguridad, policía ejecutiva y policía administrativa en *estricto sensu*.

“La policía administrativa-sentido amplio- se diversifica en relación con los diferentes servicios públicos en que la acción de policía tiene que manifestarse: el orden público -policía de seguridad, especialmente en relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad; la propiedad-defensa y seguridad de la misma; policía de minas, aguas, montes, obras públicas, policía sanitaria, de las comunicaciones: ferrocarriles, carreteras, etc.; policía de las industrias y del trabajo, de las costumbres, de los espectáculos, de abastos, rural, etc. Por otra parte, la policía se concreta en esferas – en relación con los diversos organismos que integran el Estado-; y así puede hablarse de una esfera general -del Estado como tal- y de policías locales-provincias- y más especialmente de municipios: policía municipal con sus distintas ramas.”¹⁵⁰

En resumen, entre las notas distintivas de la policía administrativa podemos encontrar que: a) se trata de una actividad de la administración orientada al mantenimiento del orden público o a su restablecimiento en el caso de que resultase alterado; b) la noción de orden público que opera como referencia finalista de la policía, se expande a ámbitos diversos como son, fundamentalmente, el mantenimiento de la seguridad y el orden público económico; c) la policía se desarrolla mediante el empleo de una serie de fórmulas y técnicas jurídicas características como son las autorizaciones, sanciones, órdenes, prohibiciones, inspecciones, que se forjan y adquieren sus perfiles propios en torno al concepto de policía y su referencia finalista fundamental que es el mantenimiento del orden público y d) con estas fórmulas

¹⁴⁹ Villar Ezcurra, José Luis, “Cauces de la intervención administrativa”, en Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho, Fundación Santander, 2000, p. 284

¹⁵⁰ibidem. p. 287

se pretende evitar y rechazar los peligros que pudieran alterar el orden público como son las autorizaciones, inspecciones o prohibiciones.¹⁵¹

Para De la Cruz Ferrer¹⁵² la finalidad de la policía administrativa consiste en lograr un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, evitando que las consecuencias del ejercicio de determinados derechos perjudiquen a los derechos de terceros, que se formalizan como intereses públicos o de la colectividad: seguridad, sanidad, medio ambiente, protección al consumidor, cohesión social, etc. Esta regulación suele fundamentarse en dos grandes justificaciones: a) para que las actividades de los sujetos en uso de su libertad no afecten a terceros y b) la asimetría de información que tienen las empresas frente a las personas. Para intentar solventar estos problemas, cuando se entiende que no existen remedios en el campo del derecho privado, la regulación administrativa diseña diferentes técnicas: 1) obligaciones de información sobre la empresa, sus productos o sus servicios; 2) la autorización previa mediante licencias o en su caso, la comunicación de la realización de determinadas actividades personales o materiales, o de la comercialización de productos; 3) la imposición de normas de conducta a las actividades y de requisitos a los productos o servicios. De esta manera, la actividad de policía sólo se va a manifestar cuando el marco, el orden, el mercado de la actividad de los agentes privados se vea alterado o para controlar su buen funcionamiento.¹⁵³ Esteve Pardo ejemplifica la actividad de policía con las actividades de desplazamiento y transporte: la gente tiene la libertad de transitar con toda libertad, escogiendo horas y trayectos. Sin embargo, para poder conducir un coche se necesita un permiso de conducir emitido por la administración pública o si nos pasamos de los límites de velocidad la policía de tránsito nos va a infraccionar, todo esto con la finalidad de salvaguardar la seguridad de la comunidad.

“Para el mantenimiento del orden público se utilizan con toda lógica fórmulas jurídicas con una operatividad preventiva y de control, como son las autorizaciones, prohibiciones, inspecciones, pues en la concepción

¹⁵¹ Esteve Pardo, José, “Lecciones de derecho administrativo”, Madrid, Marcial Pons, 2011, p.359

¹⁵² De la Cruz Ferrer, Juan, “Regulación, desregulación y neo-regulación”, en Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho, Fundación Santander, 2000, p.351

¹⁵³ Esteve Pardo, José, “Lecciones de (...)”, Op.Cit; p.354

clásica de la policía se reconoce a la Administración una facultad de intervención con carácter limitativo sobre la actividad de los particulares.”¹⁵⁴

Enfocándonos en el ámbito de las inversiones internacionales, la doctrina del poder de policía de expropiar (directa o indirectamente) una propiedad para asegurar el interés general de la sociedad va en contra de la doctrina *Hull*, según la cual:

“Bajo el principio de equidad, ningún Estado puede expropiar una propiedad sin una adecuada compensación.”¹⁵⁵

Al respecto Boholavsky señala:

“No cualquier alteración del patrimonio del inversor debe ser calificada como expropiatoria, sino sólo aquellas que equivalen a la imposición de un sacrificio especial sobre el empresario.

En efecto, las medidas estatales de alcance general rara vez justifican compensaciones económicas. Ese aspecto constituye una derivación natural de la naturaleza abierta y dinámica de la democracia, que trae aparejada la improponibilidad de una regla indemnizatoria ante los cambios legislativos que afectan a la generalidad de los ciudadanos.”¹⁵⁶

Esta noción se expresa en la idea de carga pública y hace que sólo se admita indemnización cuando la igualdad en su distribución se altera. La reparación tiene justamente ese sentido de recomposición del trato igualitario ante los deberes comunitarios. En un sistema democrático la obediencia a las decisiones colectivas no configura, necesariamente, un daño indemnizable, pues la existencia misma de la organización estatal depende de un deber jurídico en cabeza de cada ciudadano de soportar el costo generado por sus decisiones.

¹⁵⁴ Ídem. p.358

¹⁵⁵ Pellet, Alain, “Police powers or the state’s right to regulate” <http://alainpellet.eu/wp-content/uploads/2016/12/PELLET-2015-Police-Powers-or-the-States-Right-to-Regulate.pdf> Consultado: 08/08/2017

¹⁵⁶ Boholavsky, Juan Pablo “*Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio*”, Revista del tribunal permanente de revisión, Paraguay, núm. 5, marzo 2015, pp. 65-94 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830174.pdf> Consultado: 15/07/2017

“Se impone pues, una reflexión acerca de la procedencia o no de la obligación del Estado de indemnizar y en qué circunstancias, cuando una medida estatal no discriminatoria, adoptada por obvias razones de bienestar público, de salud, de seguridad, o ambientales, perjudica a un inversor extranjero. La mayor dificultad en este punto estriba en definir estrictamente bajo qué circunstancias una regulación gubernamental de esta naturaleza sería considerada expropiatoria, pudiendo dar cierto margen a los Estados receptores de inversiones para encubrir las llamadas expropiaciones indirectas; aunque parece haber acuerdo en que una declaración muy amplia es inviable.”¹⁵⁷

Algunos tribunales arbitrales han seguido la línea planteada por Bohoslavsky de que una expropiación no discriminatoria y sin compensación puede ser apegada al derecho internacional si es decidida con bases en el interés público:

“Los gobiernos deben sentirse libres de actuar en favor del interés público a través de regulaciones que involucren el aumento de impuestos, impuestos nuevos o modificados, imponiendo zonas restrictivas. El interés público no puede ser alcanzado si las empresas pueden demandar por expropiación indirecta a los gobiernos por cualquier tipo de regulación que busque el bienestar social.”¹⁵⁸

La doctrina de poder de policía poco a poco ha tomado camino como precedente y como parámetro en algunos tratados de inversión. Se ha fortalecido por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y algunos tribunales arbitrales han citado los precedentes de la Corte de Estrasburgo en apoyo de la doctrina de Poder de Policía. Sin embargo, a pesar de las determinaciones anteriores, los inversionistas pueden demandar al Estado si consideran que las regulaciones del Estado anfitrión son discriminatorias o no fueron hechas de buena fe, cuestiones que son más difíciles de determinar.

¹⁵⁷ Velázquez Pérez, Rafael *“Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: un conflicto no resuelto”* Revista de derecho, agua y sostenibilidad, Núm 0, 2016, p. 1-26 http://redas.webs.uvigo.es/images/estudios/est_int_rafael.pdf
Consultado: 15/07/2017

¹⁵⁸ Pellet, Alain, “Police powers or (...)” Op.Cit; p.2

1.3. Evolución de la intervención administrativa

Roldán Xopa¹⁵⁹ señala que los antecedentes del derecho administrativo se encuentran en la llamada “ciencia de la policía”- en este contexto - el término policía se entiende como aquella actividad del Estado como intermediario en los asuntos de las polis que se desarrolló en la segunda década del S. XVIII hasta mediados del S.XIX, principalmente en Alemania y Francia donde se sentó las bases del Estado como interventor en la sociedad. Es en esta etapa de la historia cuando se reconocen los derechos del ciudadano, donde el Estado asume el papel de garante de los derechos y de la libertad de los ciudadanos, principalmente por medio de la sujeción al derecho.

Fue a partir de la Revolución francesa que la administración adquirió un nuevo significado y se establecieron las bases para el desarrollo del derecho administrativo. El Estado estaba sujeto a la ley, Rousseau expresa en sus *Lettres écrites de la Montagne*:

“Un pueblo obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes y es por fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres.”

Esta concepción filosófica sería la base del artículo 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, antecedente del principio de legalidad:

“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la ley no ordena.”

Ya en el siglo XX a partir de la Revolución industrial y el consecuente surgimiento del proletariado, lo social se convirtió en la trinchera de acción y reformulación de los conceptos del Estado y Administración pública. De esta manera, la idea del Estado liberal como Estado de policía se convirtió en una idea positiva, de hacer, asume nuevas funciones, los derechos fundamentales no se limitan más a los derechos liberales, se abre brecha a los derechos sociales. En México, la revolución de 1910 define una nueva política

¹⁵⁹ Roldán Xopa, José, “Derecho administrativo”, México, Oxford, 2013, Colección textos jurídicos universitarios, p.31

revolucionaria, encaminada a una mejor distribución de la riqueza pública, a una intervención mayor del Estado en los procesos de la vida social y económica¹⁶⁰. Destacados elementos de la revolución mexicana participan en el Congreso constituyente, por ejemplo, el artículo 27 constitucional, en su texto original, enfoca el problema de la justicia social como la responsabilidad que tiene el Estado de procurar la equitativa distribución de la riqueza. A cada garantía liberal se le hizo una adición que limitaba su contenido, los derechos del hombre seguían siendo fundamentales, pero también eran de importancia los derechos de la sociedad. La economía mexicana se transformó al amparo de una legislación constitucional y administrativa que celosamente la vigila con los factores que pueden atrasarla o aniquilarla y pretende que se desenvuelva, matizando factores privados para garantizar el interés público. De esta manera, surge un Estado interventor que es dueño de la propiedad originaria y que interviene en el reparto de tierras agrarias, así como en los conflictos obrero-patronales.

Así mismo, concurren actividades de los sectores público, social y privado para atender las necesidades de la población en materias como la educación pública; vías de comunicación y transportes; seguridad social; salubridad general de la República; impulso a las actividades deportivas; etc.¹⁶¹

Se puede decir que la Constitución de 1917 es social y democrática, esto quiere decir que se busca la intervención en las actividades económicas de la población con el objetivo de asegurar la igualdad y equidad de la población. A mediados del S. XX nacerá el Estado de bienestar que a consecuencia de:

“Las secuelas de la primera guerra mundial y el influjo de las ideas keynesianas traerán consigo un cambio notable de paradigma político de referencia. El Estado dejará de ser mero espectador y pasará a intervenir activamente en la economía para lo cual adoptará un doble orden de

¹⁶⁰ Serra, Andrés, “Derecho administrativo”, 25ª .ed., México, Porrúa, 2008, Segundo curso, p.503

¹⁶¹ Sánchez, Narciso, “Primer curso de derecho administrativo”, México, Porrúa, 1998, p. 90

medidas. De un lado, publicará sectores enteros de la economía para garantizar su control. De otro, comenzará el auge de la empresa pública.”¹⁶²

A partir del primer tercio del Siglo XX, la actividad de la Administración se desplegará en los siguientes frentes:

-Actividad jurídica encuadrable en las medidas de policía (mantenimiento del orden público) y de fomento.

-Actividad material no económica, ejercitada mediante establecimientos públicos con o sin personalidad jurídica que, en este último caso, darán lugar al surgimiento de organismos autónomos.

-Actividad material de contenido económico que se manifestará en las empresas públicas, gestoras o no de servicios públicos.

-Actividad de garantía y control respecto a la prestación de actividades de contenido económico referible a los servicios públicos gestionados de forma indirecta, en donde la Administración no interviene más que como titular de una actividad previamente publicada cuyo ejercicio se lleva a cabo por los particulares.

Sin embargo, a finales del S. XX, este Estado intervencionista se ha ido desmantelando para pasar a lo que, en la actualidad, algunos doctrinarios llaman la desadministrativización del derecho administrativo. Al respecto, Serrano de Triana¹⁶³ advierte:

“En la época de la postmodernidad, y del pensamiento débil, en un siglo que muere y un milenio que comienza, asistimos al forcejeo de las fuerzas devolutivas por desmantelar lo que se ha presentado como un exceso de gasto público en los países de Occidente; el mismo empeño se ve en la desintervención o desreglamentación administrativa de actividades y empresas...”

¹⁶² Villar Ezcurra, José Luis, “Cauces de la intervención administrativa”, en Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho, Fundación Santander, 2000, p. 296

¹⁶³ Serrano de Triana, Adolfo, “Hacia una administración con mejores títulos de intervención”, en Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho, Fundación Santander, 2000, p. 311

En México - a partir del sexenio de Salinas de Gortari - se implementaron acciones de desregulación, privatización y liberalización. Por desregulación se refiere a la adaptación del marco regulatorio que norma la actividad económica para inducir mayor productividad y un uso más eficiente de los recursos disponibles. Los defensores de la desregulación creen que el mercado se rige por normas naturales fieles a la conducta de los hombres, en contra parte, el Estado es una creación artificial del hombre que busca limitar la actividad del mercado, lo cual resulta, *antinatural*. Desde esta perspectiva, el derecho *bueno*, es el derecho *eficiente*, esto es, el que corresponde al mercado, y el derecho *malo*, es el derecho que provoca ineficiencias en tanto altera sus mecanismos naturales.

“Para que un orden económico no sea intervencionista la regulación económica ha de ser básicamente conforme al mercado, es decir, una regulación pensada para favorecer el funcionamiento de los mercados, y no para alcanzar objetivos políticos. Esto es lo contrario de la actual regulación intervencionista, que, al eliminar totalmente la dinámica del mercado, supone de hecho una nacionalización encubierta.”¹⁶⁴

La relevancia de lo privado da lugar a un fenómeno de desmantelamiento del derecho administrativo *intervencionista*, de desplazamiento de sus técnicas, de introducción de otras nuevas, muchas de ellas inspiradas en modelos de derecho privado. Con esta nueva función, el Estado sólo quedó a cargo de actividades reservadas o bien acotadas a determinadas formas de participación. El Estado empresario es reemplazado por un Estado fundamentalmente regulador, dejándose de lado al aparato administrativo burocrático grande; a la empresa pública numerosa; al mercado nacional cerrado a la competencia; a los monopolios estatales, etc. Las actividades que eran de titularidad pública pasaron a la libre empresa: banca, telecomunicaciones y administración de puertos, entre otras. En materia de empresa pública, el proceso de desincorporación de entidades paraestatales – muchas de las cuales pasaron a manos privadas – es otro de los signos más conocidos de este fenómeno. A nivel mundial, se dieron pasos decisivos para la integración al comercio mundial con

¹⁶⁴ Roldán Xopa, José, “Constitución y mercado”, México, Porrúa, 2004, p.65

la firma del Acuerdo General Sobre Comercio y Aranceles (GATT, por sus siglas en inglés) ¹⁶⁵ el Estado-nación se erosiona, por el poder político de los organismos internacionales y de las empresas trasnacionales. Existe una política que otorga una mayor importancia de las relaciones de libre mercado y de manera paralela hay menos regulación por parte de los Estados en la economía en parte porque cada vez es más difícil para los Estados regular el comercio, ya que la línea entre mercado interno y global se va difuminando.

¹⁶⁵ Ídem.p.5

2. LOS INSTRUMENTOS DE ACTUACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

2.1 La licencia administrativa y la actividad de policía

Para poder adentrarnos al tema de las licencias administrativas, primero consideramos importante definir qué es el acto administrativo, ya que la licencia es un tipo de acto administrativo. Roldán Xopa, citando a Zanobini señala:

“El acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa.”¹⁶⁶

La licencia es un tipo de autorización. La autorización es un acto reglado y debido (a dictar según estrictamente, el cumplimiento o no de la pertinente regulación); declarativo porque se dedica a comprobar dicho cumplimiento o incumplimiento, sin constituir situaciones jurídicas algunas y, en particular, sin otorgar derecho alguno, porque éste ya preexistía en la esfera del correspondiente administrado; y favorable porque remueve la prohibición normativa de ejercicio de la actividad o derecho. Se otorga, por ello, normalmente sin perjuicio de los derechos de terceros, cuya existencia y alcance no entra a considerar la administración.¹⁶⁷ Las autorizaciones han sido clasificadas de la siguiente manera: a) autorizaciones regladas: las autorizaciones regladas son aquellas donde, si se cumplen con los requisitos, la administración puede encontrarse obligada a conceder una determinada autorización; b) autorización discrecional: la administración pública puede disponer de sus poderes discrecionales para emitir respectivo acto. En el otorgamiento de la autorización el poder discrecional ha de ejercerse sin violar los límites sustanciales y formales establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo uno de los principales la adecuación y compatibilidad con el interés público o bien común; c) autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento: esta clasificación viene dada por el diferente objeto que persigue la autorización según se trate de levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho que se vincula a una operación determinada (importación o exportación de mercadería), o bien de un derecho relativo al desarrollo de una actividad

¹⁶⁶Roldán Xopa, José, *“Derecho administrativo”*, México, Oxford, 2013, Colección textos jurídicos universitarios, p.311

¹⁶⁷ Parejo Alfonso, Luciano, *“Derecho administrativo”*, España, Ariel Derecho, 2003, p. 650.

sucesiva cuya vigencia se prolonga mientras dure la actividad que ha sido objeto la autorización (instalación de un establecimiento industrial) en este tipo de autorizaciones hay una vinculación permanente con la Administración, con el fin de tutelar el interés público.¹⁶⁸

“La licencia, gramaticalmente significa consentimiento para hacer o decir una cosa, y jurídicamente en el Derecho Administrativo, podemos decir que es la facultad que otorga el poder público para hacer algo, expresamente permitido por la Ley. Es decir, la licencia es un medio de control sobre el ejercicio de determinadas actividades que desempeñan los gobernados, si éstos cumplen con los requisitos exigidos para poder desarrollar dichas actividades.”¹⁶⁹

Doctrinalmente, autorización y permiso pueden utilizarse como sinónimos de licencia. Al respecto Miguel Galindo refiere:

“A los tratadistas de la materia parece no interesarles, si autorización, licencia o permiso son tres vocablos que se refieren a un mismo acto, o existe, por el contrario, alguna diferencia entre ellos, pues es sintomático, que usan para citarlos para citarlos a la copulativa y o a la disyuntiva o.”¹⁷⁰

Sin embargo, Miguel Galindo aclara que sí existen diferencias entre los tres vocablos, pero no son significativas. Y puntualiza que la licencia es aquel acto que garantiza el ejercicio de la libertad regulada, también se diferencia del permiso por ser de tiempo limitado, aparte, Juan Carlos Cassagne¹⁷¹ advierte que el permiso es el otorgamiento de un derecho nuevo que antes estaba prohibido pero que a pesar de ello se otorga al sujeto privado por no afectar el interés público o bien común. Por ejemplo, a los menores de edad se les otorga un permiso de conducir.

La licencia presenta las siguientes características: a) es personal, la Administración pública le otorga a un particular determinado, la posibilidad de ejercer una actividad para la que está previamente legitimado; b) temporal,

¹⁶⁸ Cassagne, Juan Carlos, “Cuestiones de derecho administrativo”, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 139

¹⁶⁹ López Sosa, Eduardo y López Sosa Montes de Oca, Natalia, “Derecho administrativo mexicano”, México, Porrúa, 2015, p. 262

¹⁷⁰ Camacho Galindo, Miguel, “Derecho administrativo”, México, Porrúa, 1995, p.159

¹⁷¹ Cassagne, Juan Carlos, “Cuestiones (...)” Op. Cit.p. 139

significa que el acto administrativo tendrá un tiempo limitado o fijo; c) el acto administrativo de la licencia es en ejercicio del derecho de petición del que goza cualquier gobernado frente a la Administración pública; d) es un acto administrativo renunciable y revocable; esto es, que el particular puede renunciar a ejercer dicha actividad; o bien la Administración pública puede revocarle al particular el derecho de realizar esta actividad por no ejercerla conforme a las condiciones y especificaciones expresamente señaladas en el documento; y e) poder extenderse o ampliarse en el plazo convenido, si su objeto se cumple debidamente.

En el régimen de las autorizaciones, licencias y permisos siempre se reconoce que el particular tiene un derecho preestablecido, cuyo ejercicio está sujeto a modalidades y limitaciones que, a través de requisitos, se establecen en función de los fines y objetivos de seguridad, salubridad, orden público, urbanismo e incluso estéticos.

“La autorización licencia o permiso, es un acto por medio del cual se suprime un obstáculo o impedimento que la ley establece para que los particulares gocen de algún derecho. En estos casos, existe previamente un derecho del particular para tener acceso al servicio público, pero se encuentra condicionado, en su ejercicio, por distintas razones de interés colectivo.”¹⁷²

La autorización, la licencia y el permiso constituyen actos que condicionan para un particular el ejercicio de algunos de sus derechos¹⁷³, por esto, para que este derecho se pueda ejercer, se necesita cumplir con una serie de requisitos que se establecen en la legislación jurídica, cuando éstos se cumplen, la Administración pública puede otorgar entonces la autorización, la licencia, o el permiso. Atendiendo a su finalidad, queda plenamente justificado el sistema legal de restringir el ejercicio de los derechos de propiedad y de libertad por medidas preventivas, como son las licencias, permisos o autorizaciones, esto

¹⁷² Camacho Galindo, Miguel, “Derecho administrativo”, México, Porrúa, 1995, p.159

¹⁷³ Fraga, Gabino, “Derecho administrativo”, 47ª ed, México, Porrúa, 2009, p.237

con concordancia en lo estipulado en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional:

“La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.”

2.2 La concesión y los bienes públicos

Existe una amplia gama de definiciones referentes a la concesión. Para Gabino Fraga,¹⁷⁴ la concesión administrativa es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado. Por otro lado, Serra Rojas¹⁷⁵ la define como aquel acto administrativo discrecional por medio del cual la Administración pública federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial.

“La concesión es el otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público o bien para construir o explotar obras públicas, así como para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la Administración Federal o Local.”¹⁷⁶

La concesión administrativa es el acto administrativo a través del cual la Administración pública, concede u otorga a los particulares, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público. Así, el Estado tiene una doble opción: o bien prestar sus funciones directamente o

¹⁷⁴Idem. p.242

¹⁷⁵ Serra Rojas, Andrés, “Derecho administrativo parte: ii”, 25ª ed, México, Porrúa, 2008, p. 385

¹⁷⁶ López Sosa, Eduardo, López Sosa Montes de Oca, Natalia, “Derecho administrativo mexicano”, México, Porrúa, 2015, p. 264

bien dejar en manos de particulares esta prestación, reservándose el poder concesional y de control continuativo de la actuación.¹⁷⁷

El particular gobernado tiene como finalidad el lucro, mientras que la finalidad del Estado es la prestación del servicio público en forma gratuita, pues el Estado lo presta como obligación de una contraprestación de los tributos que otorgan los gobernados. Al particular le interesa la prestación del servicio público que le corresponde al Estado por el interés económico que éste conlleva, ya que el poder público no puede abarcar toda actividad de este tipo de forma directa; dicho en otras palabras, al particular se le permite desempeñar actividades que son propias del Estado, ya que satisface necesidades de interés general.

La concesión es una facultad discrecional de la autoridad administrativa que se plasma en un documento formal que contiene el acto administrativo. El acto administrativo de la concesión tiene los siguientes elementos subjetivos: a) la autoridad concesionaria, es decir, el órgano competente que otorga la concesión al gobernado el cual decide otorgar a un particular; después de valorar una serie de factores para normar su criterio de decisión. Este órgano de la Administración pública ser federal, estatal o local, y municipal; b) el concesionario será la persona física o jurídica a quien se le otorga el acto administrativo de la concesión. El concesionario no puede ni debe considerarse como un empresario privado que esté en la misma condición que el que ejerce su libertad de contratación y de comercio. El concesionario viene a ser un colaborador del poder público en la realización del servicio autorizado por la concesión, por esta razón, aunque es el dueño de los bienes afectados por la concesión, existen tantas limitaciones a ese derecho del concesionario que en realidad se ha dudado de que exista un verdadero derecho de propiedad, por ejemplo, el derecho del concesionario sobre los bienes concesionados no tiene una duración indefinida, sino que, por virtud del llamado derecho de reversión, pasan al Estado sin compensación alguna al término de la concesión. De igual manera las hipotecas y demás gravámenes que lleguen a afectar dicha propiedad sólo pueden establecerse con la aprobación de la autoridad concedente y

¹⁷⁷Serra Rojas, Andrés, "Derecho administrativo parte: ii", 25ª ed, México, Porrúa, 2008, p. 386

subordinados al derecho de revisión, de tal manera que dichos gravámenes se extinguirán al pasar los bienes al Estado. Finalmente, el concesionario está obligado a mantener en buen estado los bienes durante el plazo de la concesión, llegándose hasta autorizar al Gobierno para intervenir la empresa si durante la última parte de la vigencia de la concesión el concesionario no mantiene los bienes en buen estado; c) los usuarios que serán los gobernados cuyas necesidades de la prestación habrá de satisfacer el concesionario. Las relaciones entre los concesionarios y los usuarios son de carácter complejo y pueden estar reguladas tanto por normas de Derecho Público como de Derecho Privado. Generalmente se da una liga entre el proveedor y el consumidor de servicios; en este caso es aplicable la legislación protectora del consumidor. Se suele hacer una distinción entre servicios públicos obligatorios y facultativos, los primeros son: energía eléctrica y servicios telefónicos; los segundos: transporte público.¹⁷⁸

La concesión como acto jurídico de la Administración pública debe ajustarse a los elementos, los requisitos y las formalidades señaladas previamente en una ley o un reglamento. Para el otorgamiento de la concesión, el régimen legal se inspira en ciertos principios que tienden a garantizar por una parte que el Poder Público pueda ejercer sin tropiezos el control que le corresponde sobre el objeto de la concesión.

La doctrina jurídica contemporánea considera que la concesión es un acto jurídico mixto compuesto de tres elementos: a) un acto reglamentario; b) un acto condición; y c) un contrato. El acto reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio y dentro de él quedan comprendidas las disposiciones referentes a horarios, tarifas, modalidades de prestación del servicio, derechos de los usuarios. El acto de condición, como su nombre lo indica, condiciona la atribución al concesionario de las facultades que la ley establece para expropiar, para gozar de ciertas franquicias fiscales, etc. Finalmente, el acto de contrato consiste en proteger los intereses legítimos del particular, creando a su favor una situación jurídica que no puede ser modificada

¹⁷⁸ Garrido del Toral, Andrés, "Fundamentos de derecho administrativo", Querétaro, Universidad Autónoma de Querétaro, Fondo Editorial de Querétaro, 2015, p.276

unilateralmente por la Administración. ¹⁷⁹ Nava Negrete¹⁸⁰ explica que, aunque las leyes no lo indican, se observa en la práctica administrativa que la concesión es un verdadero contrato; cuando su otorgamiento se publica en el *Diario Oficial*, su contenido es un clausulado que recoge las obligaciones y derechos de ambas partes, concedente y concesionario.

Por otro lado, Serra Rojas¹⁸¹ menciona la falta de precisión en el término de concesión administrativa por parte de la legislación administrativa mexicana, pues engloba a diferentes actos administrativos como concesión, cuando no debería de ser de esta manera. Es frecuente en la ley y en las resoluciones administrativas llamar concesiones a contratos, permisos, licencias y autorizaciones y otros actos similares. De esta manera se alude al contrato-concesión, o a la concesión-permisos y otras denominaciones contradictorias que desvirtúan la naturaleza de esta institución. También la doctrina ha pretendido reducir el campo de la concesión para denominar los actos de poder público que faculta a los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio directo y de propiedad de la nación.

“La variabilidad del régimen de la concesión obedece tanto al sistema político como al económico que impere en un Estado en cierto momento histórico. Así, el poder público tendrá a intervenir más o indirectamente en la prestación de servicios públicos y en el uso de sus bienes, según la orientación política y económica del Estado...El intervencionismo del poder público puede ir desde el acaparamiento total de las áreas concesionales, pasando por un repartimiento de tareas entre él y los particulares, hasta llegar a un casi abandono de esas labores en manos de los gobernados...En todo caso, siempre habrá presencia estatal, la cual se manifiesta por medio de la normatividad jurídica, puesto que se trata de bienes o actividades que pertenecen primigeniamente a la organización

¹⁷⁹Fraga, Gabino, “Derecho administrativo”, 47ª ed, México, Porrúa, 2009, p.246

¹⁸⁰ Nava Negrete, Alfonso, “Derecho administrativo mexicano”, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p.322

¹⁸¹ Serra Rojas, Andrés, “Derecho administrativo parte: ii”, 25ª ed, México, Porrúa, 2008, p. 386

política y que por diversas circunstancias se conceden u otorgan temporalmente a los administrados. ”¹⁸²

Según el dispositivo legal aplicable, será el procedimiento para concesionar. Aunque, generalmente, el procedimiento se inicia con una convocatoria de la Administración pública para la prestación de un servicio público. El Estado tendrá la obligación de analizar los documentos que se le presenten con la finalidad de verificar la capacidad personal, técnica o financiera; también debe de dar vista a los concesionarios que tuvieran el carácter de terceros interesados y, finalmente, debe emitir una decisión unilateral basada en las mejores condiciones que se pueden obtener para la prestación del servicio o el uso del bien; además, ha de efectuarse las publicaciones que ordene la legislación. En el título de la concesión es en donde se hará constar la decisión del poder Ejecutivo de concesionar un determinado bien público. El título de concesión no es perenne, y la revocación, como se explicará en el siguiente apartado, es una forma de terminar con la misma.

2.3. La revocación como forma de extinción del acto

La revocación es un acto unilateral del órgano legítimo de la Administración pública, por medio del cual retira, dejándolo fuera del orden jurídico, a un acto anterior perfecto, válido y eficaz, por motivos de interés político, reclamo social o conveniencia histórica. También se presenta como una sanción al incumplimiento del acto revocado.

*“La revocación es un acto unilateral de la Administración Pública ante la falta del cumplimiento del concesionario de las obligaciones que le impone el régimen jurídico de la misma, siempre y cuando se encuentren en los supuestos de incumplimiento que prevén las Leyes, los reglamentos o el propio acto de la concesión.”*¹⁸³

¹⁸² Garrido del Toral, Andrés, “Fundamentos de derecho administrativo”, Querétaro, Universidad Autónoma de Querétaro, Fondo Editorial de Querétaro, 2015, p.269

¹⁸³ López Sosa, Eduardo y López Sosa Montes de Oca, Natalia, “Derecho administrativo mexicano”, México, Porrúa, 2015, p. 268

Una gran parte de los teóricos de la materia sostiene que, si la administración pública tiene facultades para crear el acto administrativo, también las debe tener para revocarlo.

A pesar de que tanto la revocación como la anulación producen el efecto de eliminar un acto del mundo jurídico, existe entre ambas instituciones una característica sustancial que las distingue: mientras que la anulación está destinada a retirar un acto inválido o sea un acto que desde su origen tiene un vicio de legitimidad, la revocación sólo procede respecto de actos válidos, es decir, de actos que en su formación dejaron satisfechas todas las exigencias legales.¹⁸⁴ Esto queda expuesto en la siguiente tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito.

RESOLUCIONES FISCALES. REVOCACION DE, REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA *“Conforme a su naturaleza jurídica, el acto administrativo es considerado como una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública, la cual puede crear, reconocer, modificar, transmitir, declarar o extinguir derechos u obligaciones, es generalmente ejecutiva y se propone satisfacer el interés general. El acto administrativo puede extinguirse por diferentes medios, el normal es su cumplimiento voluntario, pero puede también extinguirse por medios que no culminan con su cumplimiento, sino que lo modifican, impiden su realización o lo hacen ineficaz, estos medios son: la revocación administrativa, rescisión, prescripción, caducidad, término y condición, renuncia de derechos, irregularidades e ineficacia del acto administrativo, y extinción por decisión dictadas en recursos administrativos o en procesos ante Tribunales administrativos y federales en materia de amparo. Tratándose de la revocación administrativa, viene a ser el retiro unilateral de un acto válido y eficaz por un motivo superveniente, mediante un nuevo acto de esa naturaleza, haciéndose hincapié en que el acto administrativo no tiene atribuida la autoridad de cosa juzgada, tal como ocurre con la sentencia judicial, ya que la actividad de la administración no tiene por*

¹⁸⁴ Fraga, Gabino, “Derecho administrativo”, 47ª ed, México, Porrúa, 2009, p.309

finalidad la de precisar la certidumbre jurídica, ésta es misión de la sentencia judicial, y su fin es alcanzar un resultado material útil para el Estado en los límites del derecho; luego, es revocable; sin embargo, una vez que el acto se ha emitido y ha producido efectos, su autor ya no puede disponer en forma ilimitada, por una exigencia superior de la vida social, la seguridad de las resoluciones jurídicas y, por consecuencia, la estabilidad de los actos que la engendran, por ende la revocación tiene un límite, y es por tanto inadmisibles cuando el acto original ha engendrado derechos adquiridos o derechos patrimoniales. La naturaleza revocable del acto administrativo está contenida en el código fiscal federal, en los artículos 203, fracción IV, y 215 último párrafo, del código mencionado, en donde se prevé que la autoridad demandada, hasta antes del cierre de la instrucción puede revocar la resolución impugnada produciendo entonces como consecuencia jurídica el sobreseimiento en el juicio. Como una variante a la anterior regla el artículo 36 del mismo ordenamiento legal prevé que las resoluciones administrativas de carácter individual favorables a un particular sólo podrán modificarse por el Tribunal Fiscal de la Federación mediante un juicio iniciado por las autoridades fiscales, de lo que se sigue que fuera del caso citado no cabe ni aun por analogía incluir como caso similar al mismo, las resoluciones que no son favorables al gobernado.”

De esta interpretación del Poder Judicial de la Federación se puede deducir que las características de la revocación son las siguientes: a) es una decisión unilateral; b) representa el retiro de un acto anterior válido y eficaz; es, en consecuencia, la extinción del acto revocado; c) es constitutiva y no declarativa. No tiene efectos retroactivos; d) tiene como origen razones de carácter político, social o histórico, o se presenta como una sanción.¹⁸⁵

La Suprema Corte ha sustentado la tesis de que las autoridades administrativas no pueden revocar sus resoluciones libremente, sino que están sujetas a determinadas limitaciones entre las que cuenta, de manera principal, la de que, siguiendo el principio de que la autoridad sólo puede realizar sus actos bajo un orden jurídico, la revocación de los actos administrativos no puede

¹⁸⁵ Camacho Galindo, Miguel, “Derecho administrativo”, México, Porrúa, 1995, p.183

efectuarse más que cuando lo autoriza la regla general que rige el acto. Por otro lado, la revocación sólo es posible para aquellos actos que producen efectos durante cierto tiempo, y únicamente mientras tales efectos se están produciendo, es decir, para los actos llamados de tracto sucesivo o de futuro.

La revocación se realiza por medio de un acto administrativo que debe llenar todos los requisitos internos y externos del acto administrativo en general. Sin embargo, puede darse el caso de que la revocación no se lleve a cabo por medio de un acto especial y expreso, sino que en una forma implícita un acto posterior revoque a uno anterior. Esto ocurre cuando el segundo acto es incompatible con el primero.

3. EL MEDIO AMBIENTE SANO

3.1. La tutela del medio ambiente en los instrumentos internacionales

De los años 50`s a los 70`s movimientos de activismo en los países desarrollados y protestas dentro de los países occidentales emergieron alrededor de diferentes problemáticas sociales, tales como: la reestructuración de las clases sociales, anticolonialismo, anti-capitalismo, ambientalismo, derechos humanos, derechos civiles, feminismo y derechos de la comunidad LGBTQ. Como movimiento social, el ambientalismo ha sido poco a poco internalizado en nuestra cultura. Así, la renuencia del sector de inversiones por involucrarse en las políticas públicas del Estado anfitrión entra en conflicto con la cultura de conciencia ambiental del presente. Mientras tanto, el movimiento ambientalista moderno seguirá siendo una fuente de presión para reformar los marcos normativos internacionales que rigen las actividades empresariales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los desarrollos de la ciencia permitieron que la humanidad aumentara su calidad de vida, incrementado la expectativa de vida de las personas y disminuyendo la tasa de mortalidad infantil gracias al descubrimiento de las vacunas, ambos fenómenos generaron un aumento de la población y, por lo tanto, mayor deterioro ambiental (la población mundial ha aumentado dos veces y media desde 1950 hasta rebasar la cifra de 6.000 millones en 1999).¹⁸⁶ Asimismo, el desarrollo tecnológico ha sido un factor que ha influido enormemente en la afectación de la naturaleza, por ejemplo, con el aumento desmedido de la contaminación industrial, el incremento de los medios de transporte y los excesos en el uso de pesticidas y fertilizantes, no sólo se ha beneficiado a la economía, sino que también han generado daños al entorno. Por este contexto histórico, en los años 60s y 70s fue cuando surgió un cambio de enfoque con respecto al cuidado de la naturaleza, éste consistió en dejar atrás la conservación como única preocupación relativa al medio ambiente y reevaluarse la relación entre el humano y el medio ambiente, y generar conciencia acerca del mismo que, gracias al desarrollo de la tecnología, adquirió una escala global. Fue en este punto cuando las circunstancias

¹⁸⁶ "Manual de medio ambiente y comercio", Canadá, Programa de las naciones unidas para el medio ambiente, instituto internacional para el desarrollo sustentable, 2001, pp.116 http://www.iisd.org/pdf/envirotrade_handbook_es.pdf Consultado: 06/10/2017

históricas, científicas, políticas, filosóficas y culturales convergieron para propulsar el ambientalismo y la ley ambiental en escala político-legal internacional.

Entre los instrumentos legales internacionales más influyentes está la Declaración de Estocolmo, que fue firmada en 1972. En ésta se plantean veintiséis principios no vinculantes. Establece una serie de directrices que regirán a los ordenamientos de los años posteriores. En el preámbulo sexto se describe la situación histórica antes mencionada:

“Hemos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor solicitud a las consecuencias que puedan tener para el medio ambiente. Por ignorancia o indiferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio ambiente terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio ambiente más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre. Las perspectivas de elevar la calidad del medio ambiente y de crear una vida satisfactoria son grandes. Lo que se necesita es entusiasmo, pero, a la vez, serenidad de ánimo, trabajo afanoso, pero sistemático. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar, en armonía con ella, un medio ambiente mejor. La defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas.”

Aunque la Declaración de Estocolmo tiene carácter recomendatorio, su visión antropocéntrica para el cuidado del medio ambiente, sentó las bases para el desarrollo del Derecho Ambiental Internacional. Dentro de la Declaración de Estocolmo, se realizó un Plan de Acción para el medio ambiente, plan que contempla el desarrollo de mecanismos de evaluación, revisión e investigación;

el monitoreo e intercambio de información; el establecimiento de objetivos y de planificación; el desarrollo de la cooperación y de los acuerdos internacionales; así como apoyos para educación, información pública, cooperación técnica y financiamiento.

También en 1972, la Asamblea General de la ONU creó el programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), cuya misión es proveer liderazgo y promover la colaboración entre los países con el objetivo de proteger el medio ambiente. Sus actividades cubren un amplio rango de temas, desde la atmósfera y los ecosistemas terrestres, la promoción de las ciencias medioambientales y la difusión de información, hasta la emisión de advertencias y la capacidad para responder a emergencias relacionadas con desastres medioambientales.

Asimismo, en 1982, fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGONU), la Carta Mundial de la Naturaleza que:

“Reafirma los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas, en particular el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el fomento de relaciones de amistad entre las naciones y la realización de la cooperación internacional para solucionar los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural, técnico, intelectual o humanitario.”¹⁸⁷

Ésta es un documento no vinculante que delimita los principios del desarrollo sostenible y que pretende establecer los lineamientos que deben guiar toda acción humana para la conservación de los recursos naturales. La Carta reconoce que, toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, los demás seres vivos tienen un valor intrínseco y el hombre debe guiarse por un código de acción moral.

A partir de la emisión de la Carta, en los años que procedieron hubo un incremento en el número de convenios internacionales y regionales sobre diversos temas, entre los que destacan: zonas protegidas; contaminación atmosférica y por hidrocarburos; medio marino; flora y fauna silvestre. Las convenciones más importantes celebradas han sido: Convención de la ONU

¹⁸⁷ “Carta Mundial de la Naturaleza”, *Secretaría de medio ambiente y recursos naturales*, www.gob.mx/semarnat/articulos/carta-mundial-de-la-naturaleza?idiom=es Consultado: 02/10/2018

sobre Derecho del Mar; Convención para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en el Gran Caribe; Convención de Viena para la protección de la Capa de Ozono; Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono; Convenio de Basilea Sobre el Control de los Desechos Transfronterizos y su Eliminación.

En 1984 se crea la Comisión sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtlan) y, después de realizar múltiples reuniones en diferentes países durante tres años, en 1987 se emite un documento denominado: Nuestro Futuro Común (Informe Brundtlan), cuyo propósito es analizar, criticar y replantear las políticas de desarrollo económico globalizador, reconociendo que el actual avance social se está llevando a cabo a un costo medioambiental alto. Fue en este informe donde fue utilizada por primera vez la definición de desarrollo sostenible:

“Es aquel que, satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.”

En este documento se establecen restricciones referentes al crecimiento económico y demográfico, control de ecosistemas, uso de recursos no renovables y del cuidado del planeta.

En junio de 1992 se lleva a cabo la Conferencia de Río donde participan 176 Estados. La cual:

“Fue una reunión política con fuerte contenido económico, donde se discutieron no solamente las formas y métodos para preservar el medio ambiente, sino los criterios para asegurar la participación de todos los pueblos en los beneficios que racionalmente puede obtenerse de los recursos naturales.”¹⁸⁸

De igual manera, en ésta se adopta la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales que contiene principios no vinculantes que hablan acerca de la solidaridad entre naciones, sobre todo, de la responsabilidad

¹⁸⁸ Esperón Jiménez, Gloria Clementina, “Tesis: Desarrollo del derecho ambiental en Centroamérica”, *Universidad de Alicante: Departamento de Estudios jurídicos del Estado*, España, pp.324
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/56827/1/tesis_gloria_clementina_esperon_jimenez.pdf Consultado: 03/10/2017

de los países ricos para apoyar a los países pobres, y que, de esta manera, logren incrementos en los niveles de vida a nivel global. Asimismo, se retoma el tema del desarrollo sustentable, así como el tema del pago e indemnización a las víctimas de la contaminación. Otro acuerdo internacional firmado en esta misma Conferencia de Río fue el Proyecto XXI. Éste consiste en una lista detallada de asuntos que requieren atención. La estructura del Proyecto se divide en cuatro secciones, de las cuales, parte de la sección I y toda la sección II desarrollan el tema del medio ambiente.

En el año 2002 se plantearon los Objetivos de Desarrollo del Milenio. El Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas fue encargado en el año 2002 por el Secretario General de las Naciones Unidas para preparar un plan de acción concreto para que el mundo pueda alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y erradicar la extrema pobreza, el hambre y las enfermedades que afectan a miles de millones de personas.¹⁸⁹ Este plan de acción se conforma por ocho compromisos en materia de sostenibilidad ambiental: la conservación biológica, garantizar el acceso de toda la población al agua potable, servicios sanitarios y el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes de las zonas marginales. También en el 2002 se celebraron la Cumbre de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible y el Plan de Aplicación de Johannesburgo que tratan de temas diversos como acceso a la educación, transferencia de tecnología y conocimientos, incremento en la disponibilidad de alimentos, combate a desertificación y sequías, aumento a servicios sanitarios y reducción de mortalidad infantil.

El Protocolo de Kioto, adoptado en 1997, pero en vigor hasta el 2005, es un protocolo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y un acuerdo internacional que tiene por objetivo reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global: dióxido de carbono, gas metano y óxido nitroso, y los otros tres gases fluorados: hidrofluorocarbonos, perfluorocarbonos y hexafluoro de azufre. El protocolo de Kioto demanda que los países industrializados reduzcan sus emisiones de dióxido de carbono a niveles específicos. Aparte de promover medidas de

¹⁸⁹ "Objetivos de desarrollo del milenio y más allá de 2015", ONU, <http://www.un.org/es/millenniumgoals/bkgd.shtml> Consultado: 02/10/2018

energía eficiente y de reestructurar al sector industrial, el protocolo de Kioto también provee una serie de mecanismos para ayudar a los países a reducir sus emisiones de dióxido de carbono. Éstos incluyen el uso de esquemas de negociación de emisiones de carbono; proyectos conjuntos de ejecución y el Mecanismo de Desarrollo Limpio. El Mecanismo de Desarrollo Limpio permite que los países en desarrollo financien a los países en subdesarrollo a decrecer sus emisiones de carbono y obtener créditos por estas reducciones. Se esperaba que este Mecanismo impulsara la transferencia de tecnología sustentable de los países desarrollados a los subdesarrollados. En el artículo 12 párrafo segundo se lee el propósito de este Mecanismo:

“El propósito del mecanismo para un desarrollo limpio es ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3.”¹⁹⁰

En la actualidad, el mercado internacional de emisiones de carbono tiene un valor de miles de millones de dólares cada año. Dado el progreso de estos mercados, es posible que en el futuro se promuevan las inversiones relativas a la energía renovable.

3.2. El sistema jurídico mexicano y el medio ambiente

A partir de 1999 se adiciona a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo cuarto de su párrafo quinto, el derecho a un medio ambiente adecuado.

“Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.”

¹⁹⁰ “Protocolo de Kioto de la Convención del marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático”, 1998, pp.24, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf> Consultado: 01/02/2018

Conforme a la tesis del poder judicial de la federación en materia administrativa:

“DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. ASPECTOS EN QUE SE DESARROLLA. El derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derecho fundamental y garantía individual consagra el artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desarrolla en dos aspectos: a) en un poder de exigencia y un deber de respeto erga omnes a preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, que implica la no afectación ni lesión a éste (eficacia horizontal de los derechos fundamentales); y b) en la obligación correlativa de las autoridades de vigilancia, conservación y garantía de que sean atendidas las regulaciones pertinentes (eficacia vertical).”

La población mexicana debe tener garantizado su derecho al medio ambiente sano mediante el acceso a la justicia ambiental, que no solo implica llevar un litigio ambiental ante los tribunales, sino además tener acceso a la información relativa al medio ambiente. El Estado, en sus facultades de policía, tendrá la obligación de salvaguardar este bien jurídico, mediante la emisión de leyes, reglamentos, concesiones, licencias, revocaciones y la creación de instituciones que tengan como objetivo salvaguardar el medio ambiente.

El artículo 25 constitucional, en el primer párrafo, se hace referencia al desarrollo sustentable, señalando:

“Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.”

Asimismo, el artículo 27 constitucional hace referencia al desarrollo integral y sustentable:

“La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el

territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional...”

Por otro lado, el artículo 73 constitucional menciona la facultad que tiene el Congreso para expedir leyes en materia ambiental:

“El Congreso tiene facultad: XXIX-G. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.”

A pesar de que el derecho al medio ambiente sano implica tener acceso a la justicia ambiental, la Constitución Política de México no contempla mecanismos procesables para hacer justiciable el derecho a un medio ambiente sano.

“El reconocimiento a un medio ambiente adecuado para la salud y bienestar sin duda alguna es un derecho de naturaleza colectiva. Sin embargo, la justiciabilidad no es la idónea, ya que el sistema de justicia ambiental en México no posee tribunales federales especializados en la materia.”¹⁹¹

Al respecto Diana Lucero Ponce Nava, procuradora ambiental y del ordenamiento territorial del Distrito Federal, menciona que el artículo cuarto constitucional omite los mecanismos y procedimientos administrativos y judiciales por los cuales el Estado garantizará estos derechos.¹⁹²

“El Derecho Humano a un medio ambiente sano posee una doble dimensión, por una parte, dicha prerrogativa protege el ambiente como un bien jurídico fundamental. Por otro lado, la protección de este derecho

¹⁹¹ Mendoza González, Liliana Antonia, “Acceso a la justicia ambiental en México”, *Universidad de Alicante: Departamento de Estudios jurídicos del Estado*, España, pp. 330

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/57264/1/tesis_liliana_antonia_mendoza_gonz%C3%A1lez.pdf Consultado: 02/10/2018

¹⁹² Ponce Nava, Diana Lucero, “Procuración y acceso a la justicia ambiental y territorial en México”, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, México, Núm. 6, 2012, p. 111-124 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3053/11.pdf> Consultado: 07/11/2017

humano constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos, atendiendo al principio de interdependencia.”¹⁹³

Si bien, se ha alcanzado un sustancioso avance en materia de legislación ambiental aún hay largo camino por recorrer en cuanto a la defensa jurisdiccional. A partir de la reforma a la Constitución en el 2012, las personas pueden defender su derecho a tener un medio ambiente sano sin necesidad de tener una afectación personal y directa mediante el juicio de amparo, sin embargo, todavía los ciudadanos encuentran trabas para hacer efectivo su derecho al medio ambiente:

“Tampoco ha sido demostrada la utilidad de otros mecanismos de control de la Constitución, como lo son la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad para incidir con eficacia en la resolución de la problemática ambiental.”¹⁹⁴

Aparte de las normas ambientales de jerarquía constitucional, encontramos que la mayoría del marco regulatorio del derecho ambiental está conformado por normas federales, aunque se ha dado lugar a un proceso de descentralización y como consecuencia de éste encontramos como fuentes del derecho ambiental a normas de múltiples ordenamientos como lo son: la constitución, las leyes federales, leyes locales, tratados internacionales y jurisprudencias. Si bien un marco regulatorio amplio permite soluciones adecuadas según la región que se esté regulando – consecuencia de la gran biodiversidad de México- también dificulta el conocimiento de esta materia e inclusive fomenta la sobre regularización de ciertos sectores como el forestal, y, por lo tanto, las contradicciones entre diferentes leyes son más comunes.¹⁹⁵

Consideramos que, si la población mexicana tuviera mecanismos de defensa al medio ambiente más directos y efectivos, podría participar de manera más activa en los arbitrajes de inversión cuando el origen de la disputa sea la

¹⁹³Mendoza González, Liliana Antonia, “Acceso a la justicia (...)” Op.Cit; p. 330

¹⁹⁴ Ponce Nava, Diana Lucero, “Procuración y (...)” Op.Cit; pp.111-124

¹⁹⁵ Gómez García, Luis Eduardo, “El medio ambiente en el sistema jurídico mexicano”, *Amicus curiae*, México, núm.4, p.6 http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/09_03_09/medioambiente.pdf Consultado: 02/10/2018

protección al medio ambiente del gobierno mexicano contra la contaminación de una empresa extranjera.

3.3. La regulación comercial para la protección del medio ambiente

A nivel tanto internacional como nacional se han emitido diferentes normas que buscan mitigar el problema del deterioro ambiental y que involucran a la actividad comercial. Entre los acuerdos internacionales ambientales que más han afectado en la esfera del comercio, encontramos los siguientes: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, llevada a cabo en 1972, donde se crearon principios que conciernen a la relación entre medio ambiente y comercio. Entre estas recomendaciones se encuentra la de no invocar preocupaciones de origen ambiental como pretexto de aplicar políticas comerciales discriminatorias; prever medidas de compensación cuando las preocupaciones ambientales lleven a restringir el comercio o a imponer normas ambientales más rigurosas con efectos adversos en las exportaciones; la armonización de normas o su no aplicación en determinadas circunstancias; y vigilar y evaluar la aparición de barreras arancelarias y no arancelarias que entorpezcan el comercio como resultado de la política ambiental.

La Convención Internacional sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna (CITES) es un acuerdo elaborado en 1973 con la finalidad de velar que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia.¹⁹⁶ Establece distintos controles de comercio internacional, que van desde la prohibición hasta un sistema de licencias parciales.

Por otro lado, el Convenio de Viena sobre las sustancias que agotan la capa estratosférica de ozono junto con el Protocolo de Montreal, establece un régimen de control para varias clases de sustancias químicas industriales cuyo efecto nocivo sobre la capa de ozono de la estratosfera es conocido.

Como resultado se ha prohibido la producción y uso de varios de ellos, y otros se han limitado estrictamente. Ha instrumentado con éxito el principio de

¹⁹⁶ "Convención internacional sobre el comercio de especies amenazadas de fauna y flora silvestres" <https://cites.org/esp/disc/what.php> Consultado: 02/10/2018

precaución, tomando iniciativas antes de disponer de evidencia científica clara, así como el principio de responsabilidad común pero diferenciada, estableciendo un fondo para ayudar a los países en vías de desarrollo durante el período de transición en que deben dejar de depender de las sustancias bajo control.¹⁹⁷

En la Ronda de Tokio, que duro un periodo de 1973 a 1979, se concertaron diversos acuerdos que constituyeron la base de las relaciones comerciales internacionales.¹⁹⁸ Entre los debates que hubo, se discutió hasta qué punto las medidas ambientales podían constituir un obstáculo al comercio. De igual manera, en ese foro se negoció el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) que aboga por la no discriminación en la elaboración, adopción y aplicación de los reglamentos técnicos y de las normas, así como por su transparencia, afectando directamente las restricciones a las importaciones y exportaciones por causas ambientales.

El Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación es un tratado ambiental global que regula estrictamente el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y estipula obligaciones a las partes para asegurar el manejo ambientalmente racional de los mismos, particularmente en lo referente a su disposición. El Convenio fue adoptado el 22 de marzo de 1989 y entró en vigor el 5 de mayo de 1992 como respuesta de la comunidad internacional a los problemas causados por la producción mundial anual de 400 millones de toneladas de desechos peligrosos para el hombre o para el ambiente debido a su característica tóxica/ecotóxicas, venenosas, explosivas, corrosivas, inflamables o infecciosas. El Convenio de Basilea se ha caracterizado por las polémicas acerca de la estrategia más adecuada para controlar el movimiento de desechos peligrosos (prohibiciones regionales, por una parte, y consentimiento fundamentado previo, por la otra) y por la dificultad técnica de establecer distinciones no ambiguas entre desechos y materiales para reciclado.¹⁹⁹

¹⁹⁷ "Convención de Viena y protocolo de Montreal", <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1705-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-69> Consultado: 02/10/2018

¹⁹⁸ Organización Mundial del Comercio https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm Consultado: 02/10/2018

¹⁹⁹ "Manual de medio ambiente y comercio", Canadá, Programa de las naciones unidas para el medio ambiente, instituto internacional para el desarrollo sustentable, 2001, pp.116 http://www.iisd.org/pdf/envirotrade_handbook_es.pdf Consultado: 06/10/2017

Asimismo, en la Conferencia de Río de 1992, se firmó el Convenio sobre Diversidad Biológica como respuesta a la conservación de la diversidad biológica, el uso sustentable de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de recursos genéticos.

La OMC no tiene ningún acuerdo específico respecto del medio ambiente, sin embargo, en el Acuerdo de Marrakech se determinó que los Estados pueden adoptar medidas que impliquen la protección del medio ambiente, siempre y cuando, estas medidas no se utilicen como pretexto para llevar a cabo políticas proteccionistas.²⁰⁰ La Organización Mundial del Comercio señala que, la liberalización comercial tiene consecuencias tanto positivas como negativas para el medio ambiente y que las sociedades de los países desarrollados son tendientes a consumir productos que sean ecológicos, utilizan transporte público y bicicleta, reciclan, consumen menos productos de origen animal y tienen menores índices de natalidad, en fin, prácticas que se consideran *amigables* con el medio ambiente. O sea, que el desarrollo económico, a través de la liberación comercial conlleva a una mejor protección comercial.

Sin embargo, la realidad es que, los países desarrollados siguen siendo los que más contaminan: en el 2015 se llevó a cabo un estudio que determinó la cantidad de dióxido de carbono producido por la actividad humana, el resultado fue de 43.286,2 toneladas métricas de dióxido de carbono. China es la nación que más contamina, generando 10.795.5 toneladas métricas, representando el 25% de las emisiones de carbono. En segundo lugar, Estados Unidos genera 6.235,4 toneladas métricas. En tercer lugar, la Unión Europea con 4.399,1 toneladas métricas en cuarto y quinto lugar lo ocupan la India, con un 6,96 por ciento de la emisión mundial, y Rusia con 2086.5 toneladas métricas, el 5,36 por ciento.²⁰¹

Como se puede concluir del análisis de estos datos, los países desarrollados son los que más contaminan y la mayoría de las empresas provenientes de estos países utilizan el dumping ecológico para establecerse en países en vías de desarrollo y producir bienes y servicios más baratos con costos

²⁰⁰Organización Mundial del Comercio https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_s.htm Consultado: 02/10/2018

²⁰¹ "Conoce los países que más contaminan el mundo", *Telesur*, 9 de junio del 2017 <https://www.telesurtv.net/news/Conoce-los-paises-que-mas-contaminan-el-mundo-20170609-0040.html> Consultado: 02/10/2018

ambientales altos. Es por esto, que, en aras del desarrollo sin sacrificar el medio ambiente, surge el término de desarrollo sustentable. El concepto de *desarrollo sustentable* se utiliza por primera vez en el *Informe Burtland* de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y del Desarrollo de las Naciones Unidas, en el año de 1987 y la cual define el desarrollo sustentable como:

“El desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.”²⁰²

Este paso hacia un desarrollo sostenible está indisolublemente unido al afrontamiento y solución de problemas de subdesarrollo de los países del tercer mundo. Sin embargo, mientras la línea entre protección ambiental y política proteccionista no esté bien definida y regulada, va a resultar difícil que países en desarrollo apliquen leyes para la protección del medio ambiente.

Uno de los mayores problemas para empatar el derecho ambiental con el comercial, surge de las diferencias en los marcos regulatorios de cada disciplina. Por ejemplo, el derecho comercial tiene sus propios estándares de *protección ambiental* lo cuales se enfocan en cuáles son los límites que debe tener dicha protección para que no intervenga con el desarrollo continuo del comercio. Del otro lado, el derecho ambiental tiene una visión holística ya que conjuga factores sociales, económicos, políticos y, por supuesto, ambientales.

Un ejemplo de esta discrepancia de objetivos la podemos encontrar en la regulación que la Organización Mundial del Comercio le da al asunto ambiental. Si bien la OMC creó un Comité sobre Comercio y Medio Ambiente, éste no debe perder de vista dos aspectos importantes:

- *“A la OMC sólo le compete el comercio, por lo que su tarea es únicamente estudiar los problemas que surgen cuando las políticas de medio ambiente tienen consecuencias significativas para el comercio.*
- *Si el Comité detecta la existencia de problemas, el proceso para solucionarlos tendrá que ajustarse a los principios del sistema y en*

²⁰² <http://sds.uanl.mx/el-concepto-desarrollo-sustentable/>

ningún momento proponer medidas que distorsionen la actividad comercial.”²⁰³

Esto quiere decir que el Comité sobre Comercio y Medio Ambiente, de la Organización Mundial del Comercio, ve al tema ambiental desde un punto de vista comercial y se involucra en él, solo cuando choca con los principios del libre comercio. Regula el tema ambiental para que no obstruya el flujo comercial y no a la inversa: que el comercio internacional no menoscabe el medio ambiente. Por otra parte, la misma Organización también establece que:

“Aunque no existe ningún acuerdo específico que trate del medio ambiente, los Miembros pueden adoptar, en el marco de las normas de la OMC, medidas relacionadas con el comercio que tengan por objeto proteger el medio ambiente, siempre que se cumpla una serie de condiciones para evitar el uso indebido de esas medidas con fines proteccionistas.”²⁰⁴

Los *finés proteccionistas* a los que se refiere la última oración del párrafo citado, pueden implicar cualquier medida de protección ambiental que tome el Estado que no esté justificada de acuerdo a los parámetros de la Organización Mundial del Comercio. Entonces, si el Estado adopta una medida de protección ambiental con la finalidad de prevenir afectaciones al medio ambiente, ésta se puede considerar como arbitraria y como abuso de poder. Ya que, a veces la relación causa-efecto entre desarrollo industrial y degradación ambiental no es evidente de manera inmediata o a corto plazo.

Al respecto la OMC señala que debe existir *certeza científica* de que dicha actividad empresarial afectará al medio ambiente, idea que entra en colisión con lo que establece la Convención de la ONU sobre el cambio climático:

“Artículo 3, principio 3: Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como

²⁰³ Braña Varela, Josefina, “Comercio y medio ambiente: rumbo a la quinta conferencia ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC)”, *Instituto Nacional de Ecología*, http://www2.inecc.gob.mx/dgipea/descargas/com_ma_5ta.pdf Consultado: 18/10/2018

²⁰⁴ Organización Mundial del Comercio, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_s.htm Consultado: 22/10/2018

*razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible.*²⁰⁵

Así estamos frente a dos ideas que se contraponen; tal y como señala Braña Varela²⁰⁶ con respecto a la postura de la OMC: *“el tema del comercio-medio ambiente tomó un rumbo de controversia y no de cooperación.”* Por otra parte, la falta de certeza científica con relación al vínculo entre comercio y deterioro ecológico limita que los países actúen a corto plazo.

El derecho comercial busca que el comercio no se vea obstaculizado por las medidas ambientales de los países anfitriones por lo que aquellos deben probar mediante *conocimientos científicos sólidos* que hay un interés legítimo de proteger el medio ambiente y que, en caso de haberlo, esta medida no restringe el comercio más de lo necesario. Lo cual, deja una carga de la prueba pesada en los países anfitriones, ya que a veces los efectos de la afectación ambiental no son inmediatos, aparte también es difícil saber de antemano hasta qué punto determinada actividad industrial o comercial puede afectar el medio ambiente.

²⁰⁵ “Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático”, *Naciones Unidas*, 1992, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf> Consultado: 23/10/2018

²⁰⁶ Braña Varela, Josefina, “Comercio y medio ambiente: rumbo a la quinta conferencia ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC)”, *Instituto Nacional de Ecología*, http://www2.inecc.gob.mx/dgipea/descargas/com_ma_5ta.pdf Consultado: 18/10/2018

CAPÍTULO IV: LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN.

1. LA POLÍTICA COMERCIAL EXTERIOR EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Así como ha sucedido con el derecho ambiental, el desarrollo del derecho de inversiones frente al derecho internacional de los derechos humanos también ha sido desigual, esto ha sido el producto de una evolución paralela mas no convergente de estos ámbitos del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas que exigen los pactos de derechos humanos con el riesgo de ser demandados por los inversores por aplicar las mismas.²⁰⁷ Del otro lado de la moneda, los inversores extranjeros cuentan con una serie de derechos- y casi nulas obligaciones- que son efectivamente salvaguardadas por los tribunales. Parte de las razones de este fenómeno es que los tratados de inversión son ambiguos al momento de determinar los derechos y obligaciones de las partes, lo que da lugar a que los árbitros fijen los parámetros de protección a los inversores con pocas posibilidades de revisión y poca consistencia entre diversas resoluciones.

“En ese contexto, cuando la discrecionalidad que esa indeterminación trae aparejada se combina con una visión del TBI que no toma en cuenta los deberes que el Estado tiene frente a su población (por ejemplo en materia ambiental, salud pública, agua, derechos humanos, igualdad racial, etc.) ocurren interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores que prácticamente los ponen a resguardo del riesgo empresario y obturan la posibilidad de evolución institucional y desarrollo del país receptor.”²⁰⁸

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos limitan tanto de manera interna como externa el actuar de los Estados signatarios con la finalidad de promover *“niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social”*²⁰⁹ De esta manera, para asegurar la aplicación de estos derechos, las convenciones

²⁰⁷ Bohoslavsky, Juan Pablo “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, Revista del tribunal permanente de revisión, Paraguay, núm. 5, marzo 2015, pp. 65-94 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830174.pdf>
Consultado: 15/07/2017

²⁰⁸ Ídem

²⁰⁹ Carta de las Naciones Unidas

internacionales de derechos humanos imponen a los gobiernos tres tipos de obligaciones: la primera es la obligación de respeto a los derechos, lo cual significa que los Estados deben abstenerse de violentar los derechos humanos de las personas. En segundo lugar, una obligación de garantía, que implica que los países deben revocar los obstáculos para el goce efectivo de estos derechos. Por último, la obligación de protección que el Estado prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho. El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, empresas, corporaciones y otras entidades, por lo que proteger implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto privado la realización de conductas lesivas. Por lo tanto, la aplicación de estas obligaciones conlleva a una constante transformación en favor del progreso de los países; los gobiernos deben modificar sus políticas y criterios. A pesar de que estos cambios pueden afectar las inversiones de las empresas extranjeras, es de esperar que instituciones con tal poder económico; de recursos tecnológicos y humanos, evalúen estos riesgos y prevengan la posibilidad de cambios legales en los Estados anfitriones. Sin embargo, en la práctica las medidas estatales que obstruyen las utilidades de las empresas dan lugar a reclamaciones indemnizatorias.

1.1. Antecedentes en Europa y Estados Unidos

Los tratados para la protección de inversiones han existido desde tiempos remotos. Como ya se explicó en el primer capítulo, los progenitores de los tratados de inversión fueron los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación que fueron utilizados del S. XVIII en adelante. Uno de los objetivos principales de estos tratados era crear alianzas entre Estados Unidos y los demás países del mundo con fines militares. Éstos incluían un capítulo completo referente a los derechos que los extranjeros podían gozar en el territorio anfitrión, frecuentemente referentes a los derechos procesales en caso de arresto. Después de la Segunda Guerra Mundial, los tratados se hicieron más orientados al comercio y a las inversiones.

A la fecha, algunas de las cláusulas redactadas en estos tratados aún son utilizadas en los tratados bilaterales modernos, por ejemplo, la exigencia de trato igualitario entre extranjeros y nacionales.

Los Tratados de amistad, Comercio y Navegación pertenecen a una época diferente y es por esto por lo que muchos de sus estatutos no serían aceptados hoy en día, por ejemplo, contenían cláusulas para una entrada y establecimiento ilimitado de negocios. Éstos Tratados eran sin duda una manera de mantener la hegemonía de los países desarrollados frente a los no desarrollados, podían subordinar a los países menos poderosos debido al carácter bipolar que el mundo tenía en ese momento.

De manera similar a los Tratados de inversión, los derechos humanos evolucionaron después de la Segunda Guerra Mundial. Si antes de los años setenta no se habían incorporado cláusulas de derechos humanos en los tratados comerciales, era porque se pensaba que el propio desarrollo económico traería consigo el progreso de estos. Fue así como los antecedentes de estas cláusulas se encuentran en la Convención de Lomé de 1975- que es un acuerdo de intercambio comercial entre países de la Unión Europea y Países de la ACP (África, Caribe, Islas del Pacífico)- que, tras varias modificaciones a la Convención, en 1985, finalmente se refieren a los derechos humanos en su preámbulo.²¹⁰ Aparte de los acuerdos con la ACP, la Unión Europea no incorporó derechos humanos con los países que no fueran parte de la ACP.

Por otra parte, en el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) en el marco de la Organización Mundial del Comercio también se encuentran referencias a derechos humanos.²¹¹ El SGP provee oportunidades para que los países más pobres puedan tener tratados comerciales preferenciales con Europa y Estados Unidos. En concreto, se trata de un régimen de exención del principio de nación más favorecida que obliga a los países miembros de la OMC a tratar las importaciones de los demás países miembros de la OMC de manera igualitaria a las de sus socios "más favorecidos", es decir, mediante la imposición de aranceles iguales a todos.²¹² Establecido en 1971, el GSP, es el tratado comercial más viejo establecido en la Unión Europea. Todos los países parte del GSP tienen la obligación de cumplir con los derechos humanos y los derechos

²¹⁰ Niedrist, Gerhard "Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la unión europea" Anu. Mex. Der. Inter, México, Vol. 11, enero 2011 <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v11/v11a16.pdf> Consultado: 25/10/2017

²¹¹ "Office of the United States Trade Representative", *Executive Office of the President*, <https://ustr.gov/issue-areas/trade-development/preference-programs/generalized-system-preference-gsp> Consultado: 02/10/2018

²¹² Zamfir, Ionei, "Human rights in eu trade policy unilateral measures", European parliamentary Research Service, febrero 2017, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595878/EPRS_BRI\(2017\)595878_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595878/EPRS_BRI(2017)595878_EN.pdf) Consultado: 03/10/2018

laborales anexados en la regulación del GSP y en caso de incumplimiento, se les pueden retirar la exención arancelaria, es por esto, que como requisito para ser país beneficiario del GSP es necesario haber ratificado y tener perfectamente implementados los derechos humanos y laborales señalados en 27 convenciones internacionales.

La Unión Europea empieza a incorporar a los derechos humanos en sus acuerdos preferenciales (SGP) a partir de los años setenta, expresando el respeto a los derechos humanos o a los principios de las Naciones Unidas. Sin embargo, sus acciones se veían limitadas al momento de querer suspender una concesión por razones de violación a derechos humanos porque, de acuerdo con el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sólo se prevé la suspensión en caso de incumplimiento del mismo Tratado.

A partir del 11 de mayo de 1992 la incorporación de una cláusula de derechos humanos en los acuerdos preferenciales constituye una política comunitaria y una condición indispensable para todos los acuerdos celebrados por la Unión Europea con terceros Estados, con la reserva que esos tratados contemplen un ámbito general y, por tanto, que no estén limitados a cuestiones específicas o a ciertos sectores.²¹³ Todos los acuerdos firmados por la Unión Europea van a tener dos tipos de cláusulas: las cláusulas de relevancia y las cláusulas de suspensión. Las cláusulas de relevancia describen lo que son los derechos humanos, por ejemplo, en el artículo 1º del Tratado de Libre Comercio firmado con México se lee:

“El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.”

Por otra parte, las cláusulas de suspensión son la manera en que los derechos humanos se pueden proteger, por lo que suspenden el tratado en caso de violación de alguna cláusula prevista en el tratado, en este caso, de

²¹³ Niedrist, Gerhard “Derechos humanos ¿en el derecho internacional?”, p. 257 – 294, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/8.pdf> Consultado: 25/10/2017

relevancia. Desde el Acuerdo Europeo de la Unión Europea con Bulgaria todas las cláusulas de suspensión son idénticas. La nominada *cláusula búlgara* se encuentra también en el artículo 58 del Acuerdo de la Unión con México. Las cláusulas de suspensión establecen que la parte que pretende tomar medidas con base en la violación de derechos humanos (o cualquier otro incumplimiento esencial del tratado) tiene como obligación el consultar ante el consejo conjunto o una comisión conjunta establecida por el tratado.

México no es un país beneficiario del GSP por no ser un Estado en desarrollo en estado de vulnerabilidad. Sin embargo, sí se encuentra en desventaja competitiva frente a Estados Unidos y la Unión Europea, a pesar de esto, si se analizan de fondo los tratados de libre comercio que México ha suscrito, sólo en el Tratado de la Unión Europea se contempla una cláusula de derechos humanos; en cambio, y a manera de comparación, el TLCAN no hace referencia alguna a cuestiones de derechos humanos, enfocándose únicamente a la liberalización del comercio entre los países contratantes.²¹⁴

Sin embargo, recientemente los Estados Unidos han incorporado algunos derechos y condiciones de los trabajadores en sus tratados de libre comercio; tal es el caso, por ejemplo, del preámbulo y capítulo 15 del Acuerdo de Libre Comercio suscrito con Bahréin y del preámbulo y el capítulo 18 del Acuerdo de Libre Comercio celebrado con Chile. Esencialmente, dichos tratados se refieren a los estándares de Organización Internacional del Trabajo (OIT) pero sin disponer consecuencias concretas en los supuestos de incumplimiento de tales disposiciones laborales.²¹⁵ Rafael Velázquez Pérez menciona al respecto:

“En este sentido, conviene recordar que, en los modelos recientes de tratados bilaterales de inversiones de América del Norte, aparecen estipuladas reglas innovadoras, tendentes a facilitar dicho equilibrio, utilizando anexos con listas detalladas que clarifican las actividades regulatorias de los Estados, incluyendo diversos factores de evaluación, como el impacto económico de la medida, y su posible interferencia con las expectativas del inversor, entre otras; aunque en mi opinión deben ser

²¹⁴ Ibidem

²¹⁵ Ídem

*examinadas con recelo, pues no incluyen claramente aquellos supuestos que afectan directamente a los DD. HH.*²¹⁶

1.2. La posición de América Latina

Si analizamos la historia de la relación de América Latina con la inversión extranjera, nos remontaríamos al Siglo XV época del colonialismo europeo. Sin embargo, encontrar una postura consistente de los gobiernos de Sudamérica frente a la inversión extranjera, resulta imposible, ya que a través de la historia han oscilado entre un apoyo total a la inversión extranjera a una oposición intransigente a la participación de éstos en su economía, generando discrepancias y contradicciones.²¹⁷

Los Estados pertenecientes a la región de América Latina surgieron de “*actos de voluntad general contra los imperios coloniales.*”²¹⁸ Así, los recién independizados países de Latinoamérica del S.XIX debían de demostrar que eran capaces de autosatisfacerse, sobre todo, como consecuencia del repudio que generaba cualquier intervención extranjera en sus soberanías. En este contexto, surge la *Doctrina Calvo* (S. XIX) que estuvo vigente por décadas en los países de Latinoamérica por ir de la mano con las políticas de estatización de la industria y sustitución de importaciones.²¹⁹

*“Por medio de este enfoque, los Estados latinoamericanos lograrían contrarrestar las intromisiones extranjeras y consolidar su recién adquirida soberanía.”*²²⁰

²¹⁶ Velázquez Pérez, Rafael “Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: un conflicto no resuelto” Revista de derecho, agua y sostenibilidad, Núm 0, 2016, p. 1-26 http://redas.webs.uvigo.es/images/estudios/est_int_rafael.pdf Consultado: 15/07/2017

²¹⁷ Durand, Leticia “¿Todos ganan? Neoliberalismo, naturaleza y conservación en México”, *Sociológicas*, México, año 29, núm. 82, mayo-agosto 2014, pp. 183-223

²¹⁸ Bácares Olarte, Diana Carolina, “El derecho internacional de las inversiones en América Latina: el reencuentro con los derechos humanos” https://www.academia.edu/1946268/El_derecho_internacional_de_las_inversiones_en_Am%C3%A9rica_latina_el_reencuentro_con_los_derechos_humanos Consultado: 03/11/2017

²¹⁹ Tamburini, Francesco, “historia y destino de la “doctrina Calvo”: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”. *Rev. estud. hist.-juríd.* [online]. 2002, n.24, pp.81-101. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0716-5455. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005>. Consultado: 03/10/2018

²²⁰ Bácares Olarte, Diana Carolina, “El derecho internacional de las inversiones en América Latina: el reencuentro con los derechos humanos” https://www.academia.edu/1946268/El_derecho_internacional_de_las_inversiones_en_Am%C3%A9rica_latina_el_reencuentro_con_los_derechos_humanos Consultado: 03/11/2017

La voluntad de los Estados de Latino América por consolidar el principio de no intervención trascendió el ámbito interamericano y se presentó en la Asamblea General de la ONU, donde se dio la resolución de que los países son soberanos de sus recursos naturales. Por otra parte, en la Carta de Derechos y Deberes económicos, de 1974, se manifiesta la voluntad de los Estados por equilibrar la relación entre inversión extranjera y soberanía del Estado.

Sin embargo, a raíz de la caída de la Unión Soviética y del incremento de la deuda externa, Latinoamérica tuvo severas dificultades económicas que conllevaron inflaciones, financiamiento limitado y estancamiento económico. Todo esto llevo a la conclusión de que las políticas proteccionistas del pasado habían fracasado. Los Estados de América Latina no tuvieron mayor alternativa que abrir su mercado a la globalización mediante reformas que promovieran el crecimiento económico. La comunidad internacional y en particular los organismos financieros ofrecieron una solución a la crisis, ésta consistió en la firma del Consenso de Washington. Este hecho fue paralelo con el cambio de paradigma económico que estaban viviendo las economías frágiles que vieron en la inversión extranjera una herramienta capaz de contribuir al crecimiento.

Como consecuencia de estos hechos, los Estados de Latinoamérica, a finales del siglo pasado y en este, se han caracterizado por encaminar un proceso de liberalización de sus economías con el fin de apegarse a lo estipulado en el Consenso de Washington, esto implicó la privatización de los recursos públicos y la concesión a inversionistas extranjeros de la exploración y explotación de los recursos naturales.

Por ejemplo, a partir de los años noventa, en México se realizaron diversas reformas al Código de Comercio a fin de dejar a un lado el estatismo implementado en gobiernos anteriores y emparejar el marco jurídico con diversas convenciones internacionales para la mejor aplicación de tratados como el TLCAN.²²¹ Esta transformación jurídica conllevó a la eliminación de requisitos de desempeño y a la alteración del sistema de solución de controversias en materia de inversiones. Los gobiernos de América Latina redujeron sus

²²¹ Garza Magdaleno, Fernanda, "El Arbitraje en México", Centro de Derecho Económico-ITAM. <http://cdei.itam.mx/GarzaArbitraje.pdf> Consultado: 22/11/2016

aranceles y subsidios, eliminaron las barreras a la inversión extranjera y, en general, redujeron el rol del Estado en todos los aspectos de la economía.

De manera paulatina, estos gobiernos vieron minada su competencia y capacidad soberana frente a las imposiciones normativas de los Estados desarrollados, empresas transnacionales e instituciones económicas y financieras multilaterales, regionales y bilaterales.²²² Todo lo anterior, con la convicción de que las empresas extranjeras traerían avances tecnológicos que aumentarían la productividad de las empresas locales y se generaría desarrollo económico.

A su vez, el Consenso de Washington fomentó los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en parte por las condiciones en las que se encontraban los sistemas judiciales de la mayoría de los países de Latinoamérica. En 1990 los sistemas judiciales de estos países sufrieron una crisis que se manifestó en litigios largos; poco acceso a la justicia para la población; falta de transparencia y predictibilidad en las sentencias; y falta de confianza en el sistema judicial. Para remediar estos problemas, organizaciones internacionales financiaron programas para implementar reformas.²²³ A pesar de la resistencia que en un principio manifestó América Latina frente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos - en el año de 1964 diecinueve países de América Latina votaron en contra de la implementación del CIADI - en los años noventa, la mayoría de esos países habían celebrado tratados bilaterales de inversión y ratificado la Convención del CIADI, llegando a ser América Latina la región del mundo con más casos presentados ante el CIADI, siendo Argentina el país más demandado, seguido de Venezuela y Ecuador. Representando Latinoamérica un 30% de los casos totales hasta diciembre del 2016.²²⁴ Ante esta realidad países como Bolivia, Ecuador y Venezuela han

²²² Hernández Z, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Bilbao, HEGO, 2009, P. 252

²²³ Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al, "Investment treaties and why they matter to sustainable development: questions and answers", International institute for sustainable development, Manitoba, 2012, p. 1-62 http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf p. 18 Consultado: 29/04/2017

²²⁴ Hernández Z, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Bilbao, HEGO, 2009, P. 252

tomado una postura en contra del CIADI. Sin embargo, una vasta mayoría de los países sudamericanos aún son parte del CIADI.

Por otra parte, Latino América ha sido entusiasta al momento de adoptar instrumentos relacionados con los derechos humanos. Ocho meses antes de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 ya se había adoptado, siendo el primer instrumento de derechos humanos en la región. La mayoría de estos países han reformado sus leyes para reconocer no sólo derechos civiles y políticos, sino también económicos, sociales, culturales y colectivos, sin embargo, el ejercicio efectivo de estos derechos está lejos de alcanzarse debido a los problemas de pobreza y desigualdad de la región. Además, los Estados se encuentran confrontados con situaciones en las cuales el respeto de la protección ofrecida a los inversionistas y a sus inversiones entra en colisión con el respeto de otras obligaciones de interés general, en las que se encuentran los derechos humanos.²²⁵

El cumplimiento a la protección de los derechos humanos por parte de los Estados a veces implica restricciones a los inversionistas, esto incrementó el número de disputadas llevadas a cabo en arbitrajes internacionales. Esta es una de las razones por las cuales la región latinoamericana alberga hoy una tendencia hostil dentro de un grupo minoritario de Estados frente a los tratados de inversión y, en especial, del arbitraje sobre inversiones. Ante esta situación, algunos Estados han decidido excluir del ámbito de su competencia del arbitraje a todos los litigios relacionados con los recursos naturales. En otros casos han procedido a la denuncia del Convenio del CIADI – en mayo de 2007 Bolivia envió una comunicación al CIADI anunciando la denuncia de la Convención- y en otros, incluso a la de numerosos tratados de inversión, procediendo a la nacionalización y expropiación de las inversiones. Por ejemplo, Venezuela nacionalizó su petróleo.²²⁶

²²⁵ Bácares Olarte, Diana Carolina, “El derecho internacional de las inversiones en américa latina: el reencuentro con los derechos humanos”
https://www.academia.edu/1946268/El_derecho_internacional_de_las_inversiones_en_Am%C3%A9rica_latina_el_reencuentro_con_los_derechos_humanos Consultado: 03/11/2017

²²⁶ “Inversión extranjera directa y desarrollo sustentable: lección desde las amélicas”, Grupo de trabajo sobre desarrollo y medio ambiente en las amélicas, https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI_WG_May08_Span_Full.pdf Consultado: 09/07/2017

Por otra parte, la protección de los derechos humanos en los tratados de inversión se ha dado de manera lenta. De hecho, en la mayoría de los tratados de inversión no se hace mención de los derechos humanos. En la región de Latinoamérica, la excepción son seis tratados de cooperación e inversión concluidos por Brasil en este Siglo. Éstos han sido firmados por Angola, Mozambique, Malawi, Chile, Colombia y México. Sin embargo, parece ser que, en Latino América, los derechos humanos y la materia de arbitraje de inversión son vistos como dos ramas del Derecho totalmente excluyentes. Las decisiones de los tribunales en materia de derechos humanos no influyen en la materia de arbitraje, ni viceversa. Lo cual, es urgente para que se pueda tener una protección efectiva de los mismos.

1.3. Desarrollo social e inversión extranjera

Existen debates acerca de la eficacia de la inversión extranjera para generar desarrollo social en los países periféricos. Uno de los principales problemas de América Latina es que, por su falta de desarrollo tecnológico, la inversión que recibe del exterior se basa en los recursos naturales y en la mano de obra barata, por lo tanto, la calidad de las inversiones es baja y favorece poco el desarrollo social. En realidad, América Latina carece de los elementos que son determinantes para aumentar los flujos de inversión como: el tamaño del país receptor, el nivel de educación y las tasas de crecimiento. Por ejemplo, diversos países asiáticos todavía practican la evaluación previa de solicitudes de inversión y otorgan diferentes incentivos a distintas empresas, sin embargo, atraen cantidades significativas de inversión extranjera. En América Latina, por otro lado, estas prácticas han sido eliminadas en la mayoría de los países sin que sus flujos de inversión hayan aumentado. En general, diversos estudios han señalado que la inversión extranjera, con algunas excepciones, no ha estimulado el crecimiento económico ni el desarrollo sustentable en América Latina.²²⁷ Se esperaba que con las reformas implementadas en los años noventa, la inversión extranjera fuera un catalizador para el desarrollo económico, así como un impulso para la mejora de las habilidades y capacidades tecnológicas de empresas locales nacionales, sin embargo, estos resultados no se han visto.

²²⁷ Ídem

Para que la inversión extranjera pueda dar buenos resultados se necesitan mercados financieros fuertes y tecnología avanzada, si no, sus efectos pueden ser contraproducentes, por ejemplo, en México, a partir de la implementación del TLCAN muchas empresas nacionales quebraron lo que generó una ola de desempleo y crisis económicas, la razón de este fenómeno es que las empresas nacionales no podían competir con las extranjeras por carecer del poder tecnológico.

“Una intermediación financiera débil golpea más duramente a las empresas nacionales que a las multinacionales. En ciertos casos ello puede conducir a una escasez de recursos financieros que las descartan para captar las oportunidades de negocio derivadas de la presencia extranjera.”²²⁸

En general, las empresas extranjeras tienen mayor productividad, fuerza de trabajo calificada y mejor remunerada, un mayor índice de integración comercial, así como nivel tecnológico más alto (esta última característica puede producir efectos secundarios positivos en la economía receptora) sin embargo, estos rasgos no se han traspasado a las empresas de América Latina en su conjunto, ya que si el nivel tecnológico absoluto del país receptor es bajo, las empresas nacionales serán incapaces de absorber las tecnologías extranjeras transferidas por las multinacionales.

En México, una vez aprobado el TLCAN, el gobierno adoptó una actitud pasiva: las actividades para promover la industria fueron desmanteladas y fue muy poco el apoyo oficial a la capacitación, investigación y desarrollo administrativos y técnicos, o a la inversión interna de parte de pequeñas y medianas empresas. Las políticas comerciales mexicanas favorecieron las importaciones y a los inversionistas extranjeros. Básicamente, el gobierno entregó su confianza a las fuerzas del mercado: los bajos salarios del sector manufacturero y la proximidad del país al mercado estadounidense. Además, las veinte industrias más importantes en términos de inversión extranjera directa mostraron falta de creación de puestos de trabajo, brechas entre la productividad y salarios, un superávit comercial y falta de inversión en investigación y

²²⁸ “Inversiones extranjeras directas en desarrollo: un máximo de beneficios por un costo mínimo”, Informe de la oecd, <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959795.pdf> Consultado: 10/06/2018

desarrollo. Aparte de que una gran cantidad de estas industrias se encuentran en la Ciudad de México, lo que generó mayores diferencias socio económicas entre la capital y los estados, y es que, el beneficio de las inversiones no se da sin más, su magnitud varía según el país receptor y sus circunstancias.

La atracción de inversión extranjera no es la panacea para el desarrollo económico ni sustentable, para que puedan existir las mismas es necesario que se creé un plan conjunto entre empresas transnacionales y gobiernos con la finalidad de generar un aumento en los niveles de vida de la población con costes ambientales bajos, así como, promover políticas públicas como la capacitación, la educación y el apoyo a la ciencia y tecnología. Los países receptores de inversión extranjera tienen que establecer políticas transparentes, amplias y eficaces que propicien un clima adecuado para la inversión, con la consiguiente formación de recursos humanos y el establecimiento de un clima institucional apropiado.²²⁹

Sin embargo, los países en vías de desarrollo al verse limitados en sus capacidades para establecer políticas soberanas de desarrollo económico han optado por ser renuentes en adoptar medidas legales que inhiban a una empresa multinacional de establecerse en su país. Los países en desarrollo compiten entre sí para atraer inversión, lo cual implica hacer atractivo su país a los inversores mediante la desregulación de derechos tales como el trabajo infantil, salario mínimo, estándares de salud y seguridad, protección del medioambiente, derechos sindicales, etc.

“Mientras tanto, las empresas transnacionales se encuentran en una posición que les permite evadir sin ayuda las jurisdicciones locales, enfrentando un sistema contra otro, ya que pueden aprovecharse de los sistemas legales locales pobremente adaptados para la regulación empresarial efectiva, trasladando los sitios de producción a otros lugares y realizando inversiones financieras en lugares donde las normas locales sean más hospitalarias con ellas.”²³⁰

²²⁹Ibidem p.2

²³⁰ De Sousa Santos, Boaventura, *“Reinventar la democracia: reinventar el estado”*, 2ª.ed., Quito, Instituto latinoamericano de investigaciones sociales, 2004.

El avance de la liberalización comercial depende de la desregulación y de la desigualdad, bajo esta lógica se beneficia a los monopolios multinacionales y se debilita la soberanía de los Estados periféricos. Los países ricos cuentan con una economía y ordenamientos jurídicos fuertes que les permiten contrarrestar las fuerzas hegemónicas de las empresas transnacionales, pero los países pobres, como se leyó anteriormente, renuncian a todo tipo de cautela al respecto.

Por otra parte, el derecho internacional de inversiones hace poco por equilibrar las desigualdades, las reglas que rigen a la inversión extranjera son hechas por los países desarrollados lo cual limita la capacidad de los países en desarrollo para implementar medidas que resulten en la maximización de la contribución de la inversión extranjera en sus países. El lento desarrollo de las negociaciones internacionales ha llevado a una proliferación de acuerdos regionales y bilaterales entre países desarrollados y en desarrollo donde los últimos tienen mucho menos capacidad de negociación y terminan aceptando un menor espacio para implementar políticas a cambio de obtener acceso a mercados importantes:

“A falta, hasta el momento, de un acuerdo multilateral viable, nos encontramos ante una compleja red de Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI) o Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI o BIT en Inglés), Cuyas condiciones, normalmente, acaban siendo impuestas por los Estados de origen de la inversión en beneficio de sus empresas nacionales. Esta situación es particularmente compleja si pensamos que actualmente están vigentes unos 2.833 tratados bilaterales de inversión según los últimos informes sobre inversiones en el mundo de la UNCTAC.”²³¹

En conclusión, los países más pobres no deben depender de la inversión extranjera a fin de aumentar su desarrollo económico a través de políticas de liberalización. Sería mucho más efectivo focalizarse en mejorar la infraestructura, los recursos humanos, desarrollar la capacidad emprendedora local y la capacidad tecnológica, y crear un marco macroeconómico estable y otras

²³¹ Velázquez Pérez, Rafael *“Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: un conflicto no resuelto”* Revista de derecho, agua y sostenibilidad, Núm 0, 2016, p. 1-26 http://redas.webs.uvigo.es/images/estudios/est_int_rafael.pdf
Consultado: 15/07/2017

condiciones que conducen a la realización de inversión productiva. De hecho, los países que más reciben inversión extranjera también cuentan con empresas nacionales fuertes. A través de la educación es como se pueden alcanzar estos objetivos, la inversión en educación general y en otros aspectos del capital humano es del mayor interés para crear un ambiente propicio a las inversiones extranjeras. Alcanzar un determinado nivel mínimo de educación es fundamental para que un país pueda, a la vez, atraer inversión extranjera y optimizar los efectos secundarios de la presencia de empresas extranjeras para el capital humano. El nivel mínimo varía de unas industrias a otras y depende de otras características del ambiente más o menos propicio que ofrezca el país receptor; no es probable que sólo la educación haga a un país atractivo a los inversores extranjeros. Sin embargo, si se mantiene persistentemente una gran diferencia de conocimientos entre el establecimiento extranjero y el resto de la economía receptora, no se pueden esperar efectos secundarios significativos.

“El posible efecto económico de la inversión extranjera en economías con pocos recursos financieros depende decisivamente de las políticas puestas en juego por las autoridades de los países receptores.”²³²

2. LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES FRENTE A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS

HUMANOS

El desarrollo del derecho internacional ha sido desigual en sus diferentes ámbitos, en este sentido, se puede hablar de una fragmentación del derecho internacional en: derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional de las inversiones. Las políticas neoliberales globales han favorecido la inflación normativa del derecho internacional de inversiones frente a los derechos humanos. Lo anterior produce desbalances ya que cada régimen ha avanzado de acuerdo con lógicas propias sin crear puentes que comuniquen su desarrollo con otras áreas del derecho internacional.²³³ Por un lado, el derecho internacional de los derechos humanos a pesar de tener carácter *erga omnes* ha visto un desarrollo lento y poco coercitivo. Sus normas cuentan con

²³² “Inversiones extranjeras directas en desarrollo: un máximo de beneficios por un costo mínimo”, Informe de la oecd, <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959795.pdf> Consultado: 10/06/2018

²³³ Echaide, Javier “Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua”, Instituto de investigaciones jurídicas y sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires <http://web.isanet.org/Web/Conferences/FLACSO-ISA%20BuenosAires%202014/Archive/0439ce08-a8af-42c0-a793-08e98f775992.pdf> Consultado: 26/07/2017

un peso relativo en cuanto a su aplicación coercitiva: la mayor parte de ellos se tratan de *soft law* que, aunque siendo positivo, no resultan vinculantes para los Estados. Por otro lado, el poder político y económico detrás del derecho internacional de inversiones le han dotado de un poder *de facto* considerable. Con instituciones como el CIADI, el sistema de protección de inversiones ha tenido un carácter vinculante, coercitivo y eficaz.

Estos fuertes desequilibrios que se encuentran entre el mercado y los derechos humanos son una muestra de una asimetría normativa entre el derecho internacional de protección de inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos que, lejos de dotar al sistema jurídico de una mayor seguridad, aporta incoherencia puesto que socava la validez de obligaciones de mayor jerarquía en pro de favorecer aquellas emanadas del derecho internacional privado.

Como resultado de estas asimetrías legales en el derecho internacional, las empresas multinacionales tienen pocas responsabilidades a la hora de asegurar la justa distribución de los bienes sociales y una carga demasiado pequeña en la solución de la distribución social inequitativa. Mientras que las empresas multinacionales son capaces de impulsar efectivamente regímenes legislativos transnacionales que mejoran la protección de sus derechos de propiedad, el derecho internacional fracasa cuando intenta establecer las obligaciones de derechos humanos que deben cumplir las empresas y proporcionar mecanismos que regulen la conducta empresarial en los campos de los derechos humanos. Todo lo anterior responde a una óptica neoliberal, donde los derechos individuales están por encima de los colectivos, los derechos humanos se conciben ante todo como libertad individual por lo tanto el Estado debe abstenerse de todo lo que viole esta libertad de invertir el tiempo, el capital y los recursos en la producción y el intercambio. Para los neoliberales, las reivindicaciones sociales pueden ser aspiraciones legítimas, pero jamás derechos.²³⁴

²³⁴ Hernández Z, Juan, “Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa”, Bilbao, HEGO, 2009, Pag. 252

Las empresas transnacionales se han eximido de una responsabilidad social obligatoria mediante la creación de figuras como la Responsabilidad Social de Empresa (RSE). El común denominador de la RSE es su significado voluntario, no exigible legalmente y autorregulado. Así, mediante el Pacto Global de la ONU, las empresas se unieron para redactar nueve principios voluntarios y no exigibles que plantean estándares de conducta a las empresas con relación a temas como los derechos humanos, derechos laborales y medioambiente. Todo se resume en un código de conducta que está lejos de ser una norma vinculante. Las empresas tienen un impacto demasiado importante como para que sus conductas queden en manos de estándares voluntarios y autoproducidos.

2.1. Tipos de cláusulas en los tratados de inversión

Las cláusulas de protección a inversiones contenidas en los tratados de inversión que sirven de parámetro a los tribunales arbitrales para determinar la existencia de una indemnización en favor del inversionista, son las siguientes: trato justo y equitativo; compensación en caso de expropiación directa o indirecta; trato nacional o no menos favorable que el dado a los inversores nacionales; libre movilidad de capital; cláusula paraguas que obliga al Estado anfitrión a respetar cualquier obligación legal o contractual que tiene para con el inversor; y el derecho de irse a arbitraje en contra del Estado anfitrión.

A continuación, se explicarán cada una de las cláusulas antes mencionadas con el fin de ver cómo han sido interpretadas por diversos tribunales arbitrales, por lo general, en la búsqueda de dar indemnizaciones a los inversores.

- 1) Trato justo y equitativo. El antecedente histórico del trato justo y equitativo es lo que en la costumbre se le conocía como trato mínimo a los extranjeros y que consiste en conceder a los nacionales de otros países garantías mínimas contra la denegación de justicia, la arbitrariedad y la discriminación. Es importante hacer mención de que ese estándar consuetudinario expresa un umbral elevado para considerar a la conducta gubernamental como ilícita, por lo que su violación sólo comprende las conductas más graves y ultrajantes; de ahí su condición de *mínimo*. Sin

embargo, a través de los años este trato justo y equitativo ha ido alejándose de esos mínimos internacionales para incluir aspectos de gobernanza, como la transparencia, previsibilidad o la coherencia. Esa ampliación del concepto ha llevado a que un cúmulo de conductas gubernamentales que no se consideraban equiparables a violación del estándar mínimo consuetudinario sean concebidas ahora como violatorias de este principio en los tratados de inversión, ampliando de ese modo las salvaguardas a favor de los inversores, pero reduciendo también el margen de maniobra de los Estados.

La obligación de trato justo y equitativo ha surgido como un rasgo prominente en las acciones de inversores en contra de los Estados anfitriones y en numerosas ocasiones ha permitido que los inversores tengan éxito donde sus reclamaciones por expropiación, trato no menos favorable, etc., han fracasado. Esto convierte a la cláusula de trato justo y equitativo en una cláusula “abarca todo”, por ejemplo, ha habido casos en los que el tribunal arbitral considera que el Estado anfitrión ha violado la cláusula por fracasar en actuar de una manera transparente en una decisión administrativa.

Por otra parte, las características de esta cláusula hacen difícil predecir qué decisiones del Estado pueden violarla. La definición de esta cláusula en los tratados no da detalles de cómo se debe interpretar y a lo largo de la historia de los arbitrajes de inversión han existido diversas interpretaciones de esta cláusula. Por ejemplo, en el caso *Tecmed vs. México*, el tribunal determinó que el Estado debe comportarse de una manera que no afecte las expectativas que el inversor tenía al momento de realizar la inversión en el Estado anfitrión. Laudos que apelan al trato justo y equitativo representan una carga pesada para los países anfitriones en vías de desarrollo porque estos carecen de un sistema legal fuerte y coherente que garantice que no va a haber ciertas irregularidades. La coordinación entre diferentes niveles de gobierno es difícil inclusive para países desarrollados, lo que genera que una expectativa de ausencia de ambigüedad y total transparencia sea difícil de alcanzar para cualquier país. La amenaza de recibir una demanda por violación a la cláusula de trato justo y equitativo hace que cualquier cambio regulatorio sea un

riesgo que el Estado anfitrión no quiere enfrentar. Estados que corren el riesgo de realizar cambios en sus marcos regulatorios pueden verse obligados a pagar indemnizaciones multimillonarias que ponen en peligro sus finanzas públicas.

- 2) Cláusula de compensación por expropiación directa o indirecta. Es otra de las cláusulas más controvertidas contenidas en los tratados de inversión, así como de las más reclamadas.

Como lo indica el artículo 27 de la Constitución mexicana, las expropiaciones deben traer aparejada una indemnización. El Estado tiene el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, sin embargo, si un Estado decide expropiar la propiedad de un inversor debe darle una justa compensación.

El problema viene cuando se habla de expropiación indirecta, la cual es entendida como la acción del gobierno de tomar control de la inversión sin expropiar directamente la propiedad de la empresa. Como tal los tribunales arbitrales no han dado un criterio uniforme acerca de qué acciones del Estado deben de ser indemnizables por tratarse de expropiación indirecta y cuales no (siendo simplemente medidas que el Estado en su poder de policía impone en protección del interés público). Hay tribunales que han determinado que el propósito que el Estado tuvo al imponer una medida administrativa es irrelevante. Lo único que instituye una expropiación indirecta es el impacto que esta medida tiene en la inversión. Por ejemplo, en el caso *Tecmed vs. México*, el tribunal determinó lo siguiente: *“La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquéllos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto...”* Si se ignora la intención que tuvo el gobierno al imponer alguna medida administrativa al inversor, y sólo se apela a la afectación que aquel recibió, para determinar la existencia de una expropiación indirecta, los inversionistas pueden demandar al Estado en una amplia variedad de casos donde la medida impuesta no tuvo como objetivo expropiar la propiedad del inversor.

Por definición, casi cualquier regulación del país anfitrión que tenga un impacto económico en la inversión puede constituir una expropiación indirecta.

- 3) Cláusula de trato nacional. Esta cláusula implica que el Estado anfitrión va a dar un trato no menos favorable a las inversiones extranjeras que el que les da a los inversionistas de su país. Parece indudable que las inversiones de los extranjeros merecen el mismo trato que las inversiones nacionales, sin embargo, existen casos en los que los Estados deben dar un trato diferente a las inversiones extranjeras, no por su nacionalidad, sino por la actividad que desempeñan. Los tribunales, sin embargo, sólo se enfocan en el impacto que la acción del Estado generó e ignoran las razones que tuvo el Estado anfitrión para dar ese trato diferenciado.
- 4) La cláusula del trato nacional puede impedir que los Estados apliquen, refuercen y modifiquen leyes, así como, cumplan con objetivos referentes a políticas públicas. Bajo el mismo razonamiento se sustenta la cláusula del trato a la nación más favorecida, ésta indica que el Estado anfitrión va a darle un trato al inversionista extranjero no menos favorable que el que le da a una inversión de un tercer Estado, sin embargo, la interpretación que le han dado los tribunales a esta cláusula permite que un inversionista pueda comparar los acuerdos que el Estado anfitrión tiene con un tercer Estado para ver si tienen cláusulas, por ejemplo de expropiación, que son más favorables que los acuerdos firmados entre su Estado de origen y el Estado anfitrión, y así, poder aplicar este argumento en caso de litigio.
- 5) Libre movilidad de capital. Esta cláusula está presente en casi todos los tratados de inversión e implica que los inversionistas puedan transferir su capital libremente dentro y fuera del Estado anfitrión. Lo que significa que los inversores extranjeros tienen mayor libertad de mover su capital que los inversores nacionales que se ven sujetos a las leyes de su país. Además, son varios los tratados de inversión que establecen el libre flujo de capital sin excepción alguna. El problema de esta cláusula está en que los Estados pueden tener razones de peso para limitar la libre movilidad de capital. Por ejemplo, para mitigar la inestabilidad de la moneda y de sus mercados; para minimizar los efectos de las crisis económicas globales y para asegurar la recaudación de los impuestos. Sin embargo,

la mayoría de los tratados de inversión no dan libertad para implementar medidas que controlen el flujo de capital y ante cualquier acción del Estado por proteger sus finanzas puede acarrear el incumplimiento del tratado y, por lo tanto, se susceptible de ser demandado.

Ya se empezaron a hacer cambios con respecto a esta cláusula, algunos tratados ya incluyen limitaciones al libre flujo de capital. Por ejemplo, el tratado de inversión entre Corea y Japón provee amplia acción gubernamental por dificultades económicas. También, algunos países de la Unión Europea han reclamado ante la Corte Europea de Justicia, la negociación de la libre transferencia de capital contenida en los tratados de inversión. De acuerdo con la corte, esto es necesario para que los tratados de inversión tengan coherencia con lo estipulado la Ley Europea que demanda mayor intervención estatal en caso de crisis económicas.

- 6) Cláusula paraguas. *“Consisten, en proveerles protección adicional a los inversionistas y cubrir los acuerdos de inversiones que los Estados concluyan de los cuales aquéllos sean nacionales.”*²³⁵

Y es gracias a estas cláusulas que, un creciente número de arbitrajes de inversión no sólo han involucrado cuestiones relacionadas con los tratados de inversión, sino también con los contratos de Estado-inversor.²³⁶ Por otra parte, estas cláusulas han sido comúnmente llamadas el *efecto del espejo*, por reflejar los efectos de los tratados bilaterales en otras obligaciones; *el elevador*, por elevar las obligaciones al ámbito internacional y *el efecto paralelo*, por otorgar una protección paralela.²³⁷ Esto permite que los inversores demanden al Estado anfitrión por incumplimiento de obligaciones establecidas en el contrato y no en el tratado de inversión, a través de los mecanismos arbitrales internacionales.²³⁸

²³⁵ Avila de la Cruz, Liris Solanch y Sánchez Martínez, Remberto A, “Cláusulas paraguas: esquema normativo para su interpretación en el arbitraje de inversiones, Revista In jure Anáhuac Mayab, núm. 10,2017, pp. 40-74
http://anahuacmayab.mx/injure/wp-content/uploads/2018/04/2_clausula_paraguas.pdf Consultado: 11/11/2017

²³⁶ González de Cossío, Fernando, “¿Cuándo pacta es servanda? Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión”
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/12.pdf> Consultado: 08/06/2018

²³⁷ Avila de la Cruz, Liris Solanch y Sánchez Martínez, Remberto A, “Cláusulas paraguas (...)” Op.Cit. p. 46

²³⁸ Morales Vela, Dunker, “Arbitraje internacional de inversiones: conflictos en la aplicación de cláusulas paraguas”
https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/iurisDictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf Consultado: 08/06/2018

El problema con las cláusulas antes analizadas es el desbalance entre los derechos del inversionista y los derechos del Estado. Los tribunales han sido muy generosos con los inversionistas y han convertido a los tratados de inversión en contratos de seguro contra cualquier política pública que el Estado anfitrión decida realizar que afecte los intereses del inversor. Otro problema es la imprevisibilidad de las decisiones de los tribunales, a pesar de que éstos constantemente hacen referencia a decisiones anteriores, no están obligados de adherirse a pasados precedentes lo que genera interpretaciones inconsistentes de cláusulas similares. Por último, estos tratados no señalan la protección al medio ambiente ni a los derechos humanos, lo que hace aún más desigual la relación entre los inversionistas y el Estado receptor.

2.2. Lo público frente a lo privado

Se considera que el proceso de globalización actual implica la desnacionalización de la economía, esto se traduce en una pérdida de control de la política nacional sobre las empresas.

“La empresa global de hoy no tiene centro, es un organismo sin cuerpo y sin corazón, no es más que una red constituida por distintos elementos complementarios, dispersos a través del planeta y que se articulan los unos con los otros según una pura racionalidad económica, obedeciendo exclusivamente a dos palabras clave: rentabilidad y productividad.”²³⁹

La empresa global busca, mediante las deslocalizaciones y el aumento de productividad, el máximo beneficio; esta obsesión le lleva a producir allí donde los costos salariales son más bajos y a vender donde los niveles de vida son más elevados.²⁴⁰ Así mismo, estas empresas cuentan con un poder económico superior a varios países, incluso desarrollados, lo que genera socavo en la soberanía formal de los Estados nacionales por verse sometidos a presiones internas: por una parte, para fomentar el incremento de sus economías deben aliarse con los intereses económicos globales, por otra parte, la democracia se

²³⁹ Recuenco, Luis, “Globalización económica: pérdida de poder del estado nación”, Economía mundial, globalización y desarrollo, p.1-10 <http://webs.ucm.es/info/ec/jec7/pdf/com6-7.pdf> Consultado: 08/06/2018

²⁴⁰ Ídem

ve afectada mientras la sociedad espera los frutos de esas inversiones empresariales.

“La necesidad de reformular los principios esenciales de la democracia no puede dissociarse de la profunda crisis que la globalización económica está generando en las instituciones representativas. El orden liberal, desde la estricta vertiente política, y su doble fundamento, representado por la imbricación de la democracia representativa y el Estado de Derecho, está amenazado –al menos– por el desplazamiento de las decisiones de los antiguos marcos de los Estados Nación hacia las organizaciones internacionales. La OMC, el Banco Mundial, el FMI, el G8... se están convirtiendo en las instituciones centrales del devenir de la ciudadanía de todo el planeta.”²⁴¹

En el ámbito legal, los Estados periféricos sucumben al poder del derecho comercial internacional donde sus normas son hechas por los países industrializados que abogan por una proliferación de la liberalización económica que implica la transformación de un derecho más privado que público. De esta manera, la pérdida del monopolio jurídico estatal no ha venido acompañada de la superioridad normativa del derecho Internacional de los derechos humanos ni del derecho internacional del trabajo, permaneciendo atrincherados en frágiles características del derecho internacional.

El capitalismo de la actualidad genera crecimiento desigual, los mercados bursátiles se ven beneficiados sin que inviertan en proyectos económicos socialmente útiles, mientras tanto, éstos se ven beneficiados por leyes económicas cada vez más laxas convirtiendo al derecho en una herramienta que legitima los intereses de los capitalistas.

Souza Santos menciona que estamos frente a una crisis del Contrato Social:

²⁴¹ Hernández Z, Juan, “El derecho comercial global frente al derecho internacional de los derechos humanos (parte i)” La razón: la gaceta jurídica http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Derecho-comercial-internacional-derechos-humanos-gaceta_0_2265373528.html Consultado: 27/06/2017

“El Estado pierde centralidad y el derecho oficial se desorganiza al coexistir con un derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos que, gracias a su poder económico, acaban transformando lo fáctico en norma, disputándole al Estado el monopolio de la violencia y del derecho.”²⁴²

En la misma línea la OIT considera que:

“Las normas globales reflejan una falta de equilibrio. Las normas de instituciones económicas prevalecen sobre las normas e instituciones sociales; y las realidades globales están poniendo a prueba la eficacia de las propias normas e instituciones actuales. Se ha liberalizado el comercio de los productos manufacturados, mientras sigue el proteccionismo en el sector agrícola. Con demasiada frecuencia las políticas internacionales se aplican sin tener en cuenta las especificidades nacionales. El desequilibrio de las normas globales puede agudizar las desigualdades iniciales. En la actualidad, las normas que rigen el comercio mundial favorecen con frecuencia a los ricos y poderosos, y pueden perjudicar a los pobres y débiles, ya se trate de países, empresas o comunidades.”²⁴³

Lo ideal sería que el derecho comercial global quedara sujeto a una nueva jerarquía normativa internacional, y las garantías de las inversiones, propiedad intelectual y comercio de las empresas transnacionales, estuvieran subordinadas a las garantías del derecho a la dignidad de las personas. Sin embargo, de acuerdo con Souza Santos, lo que prevalece en este Siglo, es una “*contractualización*” de las relaciones sociales, es decir, el contrato civil rige las relaciones laborales o las relaciones políticas entre el Estado y las organizaciones sociales.

“Se trata, de una contractualización liberal individualista, basada en la idea del contrato de derecho civil celebrado entre individuos y no en la idea de contrato social como agregación colectiva de intereses sociales divergentes. El Estado, a diferencia de lo que ocurre con el contrato social,

²⁴² De Sousa Santos, Boaventura, *“Reinventar la democracia: reinventar el estado”*, 2^a.ed., Quito, Instituto latinoamericano de investigaciones sociales, 2004, p. 3

²⁴³ OIT, *“Por una globalización justa. El papel de la OIT”*, Suiza, Comisión mundial sobre la dimensión social de la globalización, 2004, p.4

tiene respecto a estos contratos de derecho civil una intervención mínima: asegurar su cumplimiento durante su vigencia sin poder alterar las condiciones o los términos de lo acordado.”²⁴⁴

Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el Consenso de Washington, éste es un *contrato* impuesto a los Estados más débiles que fue establecido por las fuerzas dominantes que imponen un modelo económico que les resulta beneficioso. Y como consecuencia, provoca modificaciones institucionales de gran alcance: pérdida del poder de las competencias estatales, expansión y consolidación de las empresas multinacionales y creación de una red formal e informal de normas y prácticas jurídico-económicas de agencias multilaterales, OMC, FMI, Banco Mundial y empresas transnacionales, quienes han resultado las más beneficiadas por el sistema económico vigente porque las ha dotado de un poder político al tener el apoyo de sus Estados industrializados y de los organismos mundiales antes mencionados.²⁴⁵

Como consecuencia de esto, los tratados de inversión, en su mayoría, no cuentan con apartados explícitos donde se haga mención a la protección a los derechos humanos. De hecho, habitualmente, los tratados de inversión contienen listados de derechos para los inversores y de obligaciones para los Estados receptores, pero no a la inversa.

A través de los laudos arbitrales, el derecho comercial se ve dotado de imperatividad, coercitividad y poder sancionador. Además, las reglas de la OMC, tratados de inversión y el Banco Mundial tienen un poder informal sobre las normas nacionales, debido al poder económico y político que tienen detrás.

2.3. El medio ambiente como punto crítico de encuentro entre lo público y lo privado

Como se leyó en el apartado anterior los tratados de inversión dotan a los inversionistas de diversos escudos legales para protegerse de las acciones de los Estados, lo que resulta en una gran desventaja para los países con

²⁴⁴ De Sousa Santos, Boaventura, *“Reinventar la democracia (...)” Op.Cit p. 4*

²⁴⁵ Recuenco, Luis, *“Globalización económica: pérdida de poder del estado nación”*, Economía mundial, globalización y desarrollo, p.1-10 <http://webs.ucm.es/info/ec/jec7/pdf/com6-7.pdf> Consultado: 08/06/2018

economías emergentes que se ven limitados por diferentes factores como lo son sistemas legales que no están al corriente de las nuevas tendencias en materia de derechos humanos, medio ambiente, tecnología, etc; así como la corrupción; la violencia y fallas en el sistema democrático.

Por otra parte, en el ámbito del derecho internacional, los tratados en materia de inversión -y no solamente éstos- necesitan involucrarse en el objetivo de alcanzar un desarrollo sustentable porque el crecimiento económico es esencial, pero crecimiento económico por sí mismo sin incluir consideraciones sociales, ambientales, institucionales y culturales, no produce una reducción de la pobreza que sea sustentable.

“Los límites del desarrollo actual no se encuentran en la tecnología y la cantidad de recursos existentes, tienen que ver con la desigualdad social, la intensidad en el uso de los recursos naturales y la capacidad del planeta para absorber los residuos resultantes de la producción y consumo.”²⁴⁶

Mediante un efecto combinado de sus cláusulas sustantivas, procesos de arbitraje y mecanismos de ejecución, la legislación comercial tiene un efecto importante en la forma en que los gobiernos pueden tomar decisiones ambientales y emprender las medidas correspondientes.

Entre algunas medidas de control del daño ambiental que aplican algunos países, se encuentra la evaluación de impacto ambiental, dicha evaluación se realiza a las empresas que deseen realizar actividades que potencialmente afecten el medio ambiente. México no es la excepción. En el año de 1988 entró en vigor la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente que prevé en la fracción VI del artículo primero: la prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo. Asimismo, en la fracción X del artículo de la misma ley se señala que se hará una evaluación del impacto ambiental de las obras o actividades que puedan generar desequilibrio ecológico o rebasar sus límites. De esta manera, para que las empresas puedan realizar actividades que

²⁴⁶ Haro Martínez, Alma Angélica, y Taddei Bringas, Isabel Cristina, “Sustentabilidad y economía: la controversia de la valoración ambiental” *Economía, sociedad y territorio*, México, núm. 46, 2014, pp. 743-767, <http://www.redalyc.org/pdf/111/11131650006.pdf> Consultado: 13/11/2017

impliquen un impacto ambiental, deben presentar a la SEMARNAT una manifestación de impacto ambiental (MIA), la cual debe contener una serie de puntos que versen sobre los posibles efectos ambientales de su actividad, la forma de mitigarlos y preverlos, etc. Posteriormente, la SEMARNAT evalúa este informe de impacto ambiental y lo aprueba, lo condiciona o, en su defecto, reprueba. Una vez aprobado, la SEMARNAT da licencia de operación. Consideramos que esta evaluación de impacto ambiental llevada por SEMARNAT es una buena herramienta para evitar posibles disputas en materia de inversión.

“En términos abstractos, detectar las consecuencias ambientales de un proyecto antes de que sea implementado puede reconciliar intereses públicos y privados.”²⁴⁷

Sin embargo, en México, usualmente los estudios de impacto ambiental son llevados a cabo por servicios de consultoría privados y legalmente no se define qué profesionistas llevarán a cabo dicha evaluación ni se establece un peritaje que lleve a un consenso.²⁴⁸ Esto limita los alcances de la evaluación de impacto ambiental porque resulta un tema complejo que debe ser estudiado multidisciplinariamente.

En cuanto ve a la eficacia de la participación pública en la evaluación de impacto ambiental, la ley se queda corta al momento de hacerla más inminente.²⁴⁹ Palermo y Aceves²⁵⁰ mencionan que México es una democracia aún en formación, con un pasado paternalista donde se limitaba la libertad de expresión y la libertad de participación política, por lo que en el presente aún se tiene una sociedad civil débil que no confía en el gobierno y que subestima su

²⁴⁷ Arriaga Becerra, Raúl, “La evaluación de impacto ambiental en México. Situación actual y perspectivas futuras”, https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/5ed096804c08c215af3fbf79803d5464/5_Raul+Arriaga_Estudio.pdf?MOD=AJPERES Consultado: 22/10/2018

²⁴⁸ André, Pierre y Perevochtchikova, Maria, “Environmental impact assesment in mexico and canada: comparative analysis at national and regional levels of federal district and Quebec”, International journal of environmental protection, Missouri University of Science and Technology, USA, Agosto 2013, Vol. 3, pp. 1-12, <https://mariaperevochtchikova.colmex.mx/pdfs/Articulos/2013-Environmental%20Impact%20Assesment%20in%20Mexico%20and%20Canada%20Comparative%20Analysis%20at%20National%20and%20Regional%20Levels%20of%20Federal%20District%20and%20Quebec.pdf> Consultado: 24/10/2018

²⁴⁹ *ibidem*

²⁵⁰ Aceves, Carla y Palerm, Juan, “Environmental impact assesment in mexico: an analysis from a consolidating democracy perspective”, Impact assesment and project appraisal, Surrey, UK, junio 2004, núm. 2, Vol. 22, pp. 99-108, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154604781766049> Consultado: 06/11/2018

poder de influencia política, esta realidad no es diferente en mecanismos legales como lo es la evaluación de impacto ambiental.

A pesar de que la SEMARNAT debe publicar en una gaceta ecológica todos los proyectos que están siendo evaluados en un determinado periodo, la mayoría de la población mexicana desconoce la existencia de dicha gaceta. Asimismo, la SEMARNAT puede decidir hacer una consulta pública siempre antecediendo una solicitud escrita. Sin embargo:

“El procedimiento de consulta no define ninguna manera efectiva de garantizar la participación pública, además de no tener obligaciones vinculantes para que la SEMARNAT cumpla con las opiniones expuestas en la consulta. Tampoco prevé la participación de grupos indígenas.”²⁵¹

Entonces, a pesar de que México prevé una evaluación de impacto ambiental con la que deben de cumplir las empresas, tal y como lo hacen países como Canadá o la Unión Europea, esta evaluación tiene áreas de oportunidad en cuanto a participación pública se refiere. Palermo y Aceves²⁵² proponen que la evaluación de impacto ambiental integre oportunidades más amplias para la participación pública, además de crear un sistema que aliente la participación en esta aún incipiente sociedad civil. Por otra parte, agregan que las audiencias públicas deben ser obligatorias y no quedar a discreción de la SEMARNAT.

Otro de los obstáculos que encuentra México para consolidar una protección al medio ambiente exitosa, es la corrupción que limita la aplicación de estas leyes ambientales. Por ejemplo, en el año 2010 funcionarios de la SEMARNAT autorizaron el desarrollo de un proyecto turístico llamado Cabo Cortés, en Baja California Sur. Dicho proyecto turístico sería llevado a cabo por la empresa española *Hansa Urbana* y construido en una extensión superior a 3,800 hectáreas, mismas que se encuentran en las inmediaciones de Cabo Pulmo, un Área Natural Protegida. En el año 2012, gracias a la presión de organizaciones como Greenpeace, se canceló el proyecto de Cabo Cortés, sin

²⁵¹ André, Pierre y Perevochtchikova, Maria, “Environmental impact assesment in mexico and canada: comparative analysis at national and regional levels of federal district and Quebec”, International journal of environmental protection, Missouri University of Science and Technology, USA, Agosto 2013, Vol. 3, pp. 1-12, <https://mariaperevochtchikova.colmex.mx/pdfs/Articulos/2013-Environmental%20Impact%20Assessment%20in%20Mexico%20and%20Canada%20Comparative%20Analysis%20at%20National%20and%20Regional%20Levels%20of%20Federal%20District%20and%20Quebec.pdf> Consultado: 24/10/2018

²⁵² Aceves, Carla y Palerm, Juan, “Environmental impact assesment (...)” Op. Cit. p. 35

embargo, los funcionarios de la SEMARNAT que dieron la autorización a la empresa española siguen impunes.

Del análisis de este apartado, concluimos que México tiene diferentes problemas en cuanto a inversión extranjera se refiere, por un lado, firma tratados de inversión que favorecen a los inversionistas y limitan la participación ciudadana porque las instituciones de derecho internacional carecen de participación democrática. Por otra parte, sus leyes internas tienen pocos mecanismos para que la sociedad se involucre en la protección del medio ambiente, ya sea desde la firma del tratado, la impugnación de la ejecución de un laudo arbitral o tener decisiones vinculantes para la SEMARNAT en la evaluación de impacto ambiental. Y finalmente, encontramos el problema de la corrupción que socaba el avance hacia una sociedad más igualitaria y que a su vez aumenta el riesgo de ser demandados en arbitraje internacional.

3. INVERSIONES, MEDIO AMBIENTE E INTERESES ECONÓMICOS

3.1. El costo del modelo económico en el medio ambiente

Algunos autores advierten que el incremento de la actividad comercial está correlacionado con el incremento a nivel global de degradación ambiental y escasez de recursos. Además de contribuir a problemas ambientales complejos de carácter internacional, tales como el cambio climático, deforestación, desertificación, escasez de recursos naturales y pérdida de la biodiversidad²⁵³. De acuerdo con el informe *límites del crecimiento*²⁵⁴ desde 1980 la población del planeta ha utilizado más recursos naturales cada año de los que la tierra puede regenerar en ese mismo año. La huella ecológica de la sociedad ha sobrepasado la capacidad de la tierra de proveer recursos.

A mediados del Siglo pasado, con el Estado de Bienestar se alcanzaron altos niveles de vida, sobre todo en Europa y Estados Unidos esto se tradujo en mejor educación, servicio de salud universal, seguro de desempleo, entre otros beneficios. Al elevarse el poder adquisitivo de las personas del primer mundo, también aumentó el consumo de productos y servicios, incrementando el deterioro ambiental.

*“El crecimiento económico se volvió el objetivo primordial y lo indispensable ya no era la satisfacción de las necesidades humanas sino la acumulación de la riqueza, lo que generó una dinámica de apropiación de recursos naturales.”*²⁵⁵

Según cifras de la OECD, en el 2002 se extrajeron 50 mil millones de toneladas en recursos naturales, más de un tercio en sólo veinte años.²⁵⁶ La población, la producción de comida y la contaminación están creciendo más y más rápido. Este crecimiento sigue un patrón que los matemáticos llaman *crecimiento exponencial*. Este tipo de crecimiento hace que una población crezca más rápido conforme se hace más grande. Por ejemplo: supongamos que una

²⁵³ Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. U.K. Oxford, 2013, P. 131

²⁵⁴ Meadows, Donatella, *The limits to growth*, 4a. ed., New York, Universe Books, 1972, p. 35

²⁵⁵ Haro Martínez, Alma Angélica, y Taddei Bringas, Isabel Cristina, “Sustentabilidad y economía: la controversia de la valoración ambiental”, *Economía, sociedad y territorio*, México, núm. 46, 2014, pp. 743-767 <http://www.redalyc.org/pdf/111/11131650006.pdf> Consultado: 13/11/2017

²⁵⁶ Strange, T. y A. Bayley (2012), *Desarrollo sostenible: integrar la economía, la sociedad y el medio ambiente*, Esenciales OCDE, OECD Publishing- instituto de investigaciones económicas, UNAM

persona tiene dos hijos, y esos dos hijos tienen a su vez dos hijos y así sucesivamente. Para la sexta generación, ya serían 64 personas. 1,2,4,8,16,32,64. Este tipo de crecimiento ha sido una característica de la población humana desde la revolución industrial.²⁵⁷ En la naturaleza, las poblaciones pueden crecer de manera exponencial por un tiempo, pero finalmente se ven limitadas por la disponibilidad de recursos.²⁵⁸

Sin embargo, considerar que la sobrepoblación es el principal problema ecológico, sería caer en el engaño de que los recursos son insuficientes para toda la población. Más bien el problema se encuentra en el consumo y producción indiscriminada. Históricamente el crecimiento ha permitido que cada persona de los países desarrollados usara una creciente cantidad de recursos naturales, mientras que de manera paralela el medio ambiente se seguía deteriorando.

Como se mencionó en el capítulo primero, la corriente económica que ha imperado en las últimas décadas ha sido el neoliberalismo, mismo que defiende la *no intervención* del Estado y que da fin al Estado de bienestar, fue a partir de los años ochenta que se abandonó el paradigma keynesiano del Estado como regulador y generador de empleo para ser reemplazado por la idea del libre mercado, misma que fue implementada por el *Consenso de Washington* y que marcó un enfoque completamente distinto del desarrollo económico y la estabilización.²⁵⁹ Esto implicó la implementación de una serie de políticas económicas, que a grandes rasgos constaron en: a) la reducción de las barreras arancelarias (GATT); b) la devaluación de la moneda para facilitar las exportaciones; c) políticas de austeridad a los países en desarrollo; y d) el apoyo del gobierno a los sectores exportadores.²⁶⁰

“El Estado, desde la perspectiva neoliberal, es una entidad incapaz de promover el desarrollo económico, por lo cual se procura retraer sus funciones con el fin de facilitar el libre mercado y abrir nuevos espacios de

²⁵⁷ Meadows, Donatella, “The limits to (...)” Op. Cit. p. 35

²⁵⁸ Open Stax College, Biology, <https://es.khanacademy.org/science/biology/ecology/population-growth-and-regulation/a/exponential-logistic-growth> Consultado: 08/10/2018

²⁵⁹ Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Buenos Aires, Taurus, 2002, p. 27

²⁶⁰ Cervantes Dueñas, Juan Octavio “Las instituciones del Breton Woods: desarrollo (neoliberalmente) sustentable”, Observatorio medioambiental, España, año 2014, núm. 17, pp. 23-43

inversión...En términos prácticos, el neoliberalismo incluye procesos como la privatización de bienes de propiedad social o de servicios antes proveídos por el Estado; la comodificación o la asignación de precios a cosas o fenómenos que estaban fuera del intercambio comercial; la desregulación o la disminución de la presencia del Estado en numerosas áreas de la vida social; y la rerregulación o la adaptación de las políticas públicas para facilitar la privatización y la ampliación de los mercados.”²⁶¹

El modelo económico neoliberal trajo serias consecuencias para el medio ambiente, tales como la extinción de especies, destrucción de ecosistemas y los gases de efecto invernadero que los científicos atribuyen como causantes del cambio climático. Además de que dicho modelo de crecimiento hacía poco por disminuir la desigualdad económica y social.

Si bien, bajo este modelo, Europa y Estados Unidos alcanzaron altos niveles de desarrollo económico, esto dependió de la explotación de los recursos naturales.

Ahora este modelo está siendo utilizado por otros países - como India y China – agravando aún más el problema y acelerándolo. Los países que han tenido un desarrollo rápido en los últimos años como ha sido China, India, Brasil, Rusia y Sudáfrica se cuestionan por qué su economía debe verse limitada por regulaciones ambientales, si el desarrollo de Europa y Estados Unidos se dio sin estas limitantes.

En la esfera internacional, el neoliberalismo defiende el libre movimiento de bienes, servicios, capital y dinero con la idea de que dicho sistema mejore la igualdad y reduzca la pobreza, sin embargo, estas metas se encuentran lejos de alcanzarse. Como el mundo ha sido testigo en los últimos treinta años, los principales beneficiados por estas medidas son las empresas transnacionales, mientras tanto, la desigualdad económica se agudiza.

Por ejemplo, México que desde 1980 inició su apertura comercial, se ha visto afectado por crisis económicas y aunque las empresas han aumentado su

²⁶¹ Durand, Leticia “¿Todos ganan? Neoliberalismo, naturaleza y conservación en México”, *Sociológicas*, México, año 29, núm. 82, mayo-agosto 2014, pp. 183-223

productividad esto no se ha visto reflejado en la economía de los mexicanos, teniendo para el año 2010, cincuenta y dos millones de personas viviendo en la pobreza.²⁶²

En el ámbito global, las cosas no han sido diferentes, el aumento de la desigualdad en los países en desarrollo no se ha mitigado, inclusive para el año 2001 el número de pobres aumentó a casi 100 millones a pesar de lo que prometían los defensores de la globalización y del neoliberalismo. Esto desencadenó malestar entre los países del tercer mundo que se vieron obligados por el Banco Mundial a fomentar políticas de austeridad y abrir su comercio sin obtener los resultados esperados, malestar que aumento cuando los países desarrollados les impidieron la exportación de productos agrícolas.²⁶³

David M. Kotz²⁶⁴ menciona que el neoliberalismo trae tres grandes problemas: primero, debido a la tendencia del neoliberalismo de bajar sueldos y reducir el gasto público, surge un declive de la demanda agregada. Segundo, al minimizar los programas de ayuda social y al permitir la desregularización del sector financiero, se deja al sistema más vulnerable a crisis financieras y a depresiones económicas, y tercero, se agudiza la desigualdad, lo que a largo plazo desmotiva a la inversión.

Como lo señala Kotz en relación con la inversión extranjera, lejos de lo que defiende el Banco Mundial y la OMC, la intervención estatal es la que puede generar mercados estables y capital humano que a largo plazo sea atractivo para las empresas transnacionales.

Las políticas de austeridad al gasto público no permiten que exista suficiente demanda lo que, consecuentemente, genera desempleo, competencia coercitiva y desregulación- estos son, precisamente- los factores que menoscaban los posibles efectos positivos de la inversión extranjera.

²⁶² Ídem.

²⁶³ Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Buenos Aires, Taurus, 2002, p. 27

²⁶⁴ Kotz, David, "Globalization and neoliberalism, Rethinking Marxism", Amherst, Massachusetts, núm.2, Verano 2002, pp. 64-79. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/089356902101242189> Consultado: 28/02/2018

Por otra parte, las empresas se ven inmersas en un mundo cada vez más globalizado en el cual la competencia por el mercado es cada más reñida:

“Grandes corporaciones pelean unas contra otras en un sistema sin reglas definidas.”²⁶⁵

Los países en desarrollo buscan atraer inversiones a través de exenciones de impuestos y una intervención estatal laxa, y las empresas, gracias a la competencia feroz, buscan países donde los costos de producción sean más baratos a fin de poder obtener mayor ganancia. Cuanto más dependa el país anfitrión de la inversión extranjera, mayor será el poder de estas empresas de imponer lo que a su beneficio convenga, desplazando a las instituciones democráticas de estos países y generando pocas retribuciones. Por ejemplo, en los Estados Unidos de los años 60 existía una alta tasa de empleo, así como de crecimiento, esto permitía que la inversión extranjera resultara beneficiosa. Cuando cerraba alguna empresa nacional por la llegada de una empresa extranjera, la oferta laboral seguía siendo amplia, por lo que el gobierno de los Estados Unidos no cedía tan fácilmente a las demandas de las empresas extranjeras, ya que, la migración de estas no repercutía de una manera tan intensa en la economía de los Estados Unidos. Sin embargo, a partir de los 90's, con el aumento de los trabajos mal pagados y problemas en el presupuesto, los trabajadores y los gobiernos se encontraron más sujetos al poder de las empresas.

“Si los defensores de la globalización han resultado en demasiadas ocasiones inferiores a lo que sus defensores reivindicaban, el precio pagado ha sido superior, porque el medio ambiente fue destruido, los procesos políticos corrompidos y el veloz ritmo de los cambios no dejó a los países un tiempo suficiente para la adaptación cultural. Las crisis que desembocaron en un paro masivo fueron a su vez seguidas de problemas de disolución social a largo plazo – desde la violencia urbana en América Latina hasta conflictos étnicos en otros lugares como Indonesia -.”²⁶⁶

²⁶⁵ Kotz, David, “Globalization and neoliberalism, Rethinking Marxism”, Amherst, Massachusetts, núm.2, Verano 2002, pp. 64-79. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/089356902101242189> Consultado: 28/02/2018

²⁶⁶ Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Buenos Aires, Taurus, 2002, p. 33

Paradójicamente, son las políticas neoliberales las que no permiten que esta inversión genere un progreso sustancial en los países en desarrollo, James Crotty et al²⁶⁷ señala que cuando la inversión extranjera surge en un contexto de competencia económica y política destructiva, y además bajo la ausencia de leyes efectivas ésta puede acarrear consecuencias negativas en la economía de los países anfitriones. Es decir, es el mismo neoliberalismo el que impide que uno de sus grandes engranes (la inversión extranjera) pueda funcionar correctamente. Por ejemplo, gracias a la resistencia de China, India y Corea del Sur ante las imposiciones neoliberales de desregularizar la economía; de fomentar privatización de las empresas públicas; y de devaluar su moneda, estos países pudieron hacer frente a las crisis financieras y han tenido un desarrollo económico que ha sido ejemplar a nivel mundial, hoy día son países que reciben grandes flujos de inversión extranjera. El *modelo asiático* defiende la posición del Estado de crear, modelar y guiar los mercados, incluyendo la promoción de nuevas tecnologías, y donde las empresas asumen una considerable responsabilidad en el bienestar social de sus empleados. El Banco Mundial califica a este modelo como distinto al modelo norteamericano propiciado por el Consenso de Washington.

Países como Singapur y Malasia también siguieron con instituciones intervencionistas y eso les permitió obtener un mayor beneficio de la inversión extranjera, sin embargo, Crotty menciona que ante el reciente auge neoliberal en estos dos países, parece difícil que puedan seguir beneficiándose de la inversión extranjera de la misma manera.

Además, con el auge de los tratados de inversión, que restringiendo lo que los gobiernos pueden hacer, limitan la capacidad de regulación del Estado hasta el punto de que la aplicación de una ley que protege el orden público pueda considerarse una violación a los derechos de las empresas, lo que orilla a un círculo vicioso donde la poca intervención del Estado en la actividad empresarial impide que la inversión extranjera pueda ser beneficiosa.

²⁶⁷ Crotty, James et al, "Multinational corporations in the neo-liberal regime", Cambridge University Press, 1998, http://online.sfsu.edu/jgmooss/PDF/635_pdf/No_23_CrottyEsteinKelly.pdf Consultado: 8/02/2018

3.2. El medio ambiente frente al interés económico

“El crecimiento basado en la industrialización siempre tiene un inmenso impacto ambiental.”²⁶⁸ Un ejemplo de ello lo encontramos en China, que por su tamaño y su éxito económico prolongado este país enfrenta alguno de los problemas ambientales más graves del mundo.”²⁶⁹

De acuerdo con un artículo publicado en el 2008 por Baek y Koo²⁷⁰: durante el periodo de 2000-2005, China e India se convirtieron en los principales receptores -entre los países en desarrollo- de inversión extranjera (primero y noveno, respectivamente). Sin embargo, este crecimiento económico sin precedentes ha estado acompañado por problemas ambientales graves. Entre 1980 y 2000 las emisiones de dióxido de sulfuro en China e India incrementaron un 50% y un 110%, respectivamente. A pesar de algunos logros alcanzados, China se ha convertido en el principal emisor de dióxido de sulfuro en el mundo (cifra del 2008).

Marcelo Muñoz aporta una serie de datos sobre el *milagro chino*:

“El 60% de los ríos están contaminados y el 15% secos; se han perdido más de siete millones de hectáreas de cultivo en los últimos treinta años, el 60% de las aguas residuales no se depuran, 300 millones de personas no tienen aún acceso directo a la red de agua potable, el 20% de la población vive en áreas contaminadas.”

Sin embargo, esto no ha sido un problema exclusivo de China -alrededor del mundo- el incremento acelerado de la industrialización ha llevado a un aumento de las preocupaciones ambientales, y con ello el vínculo entre crecimiento económico y medio ambiente ha sido intensamente debatido. Derivado de lo anterior, han surgido diferentes hipótesis que pretenden explicar esta relación y sus consecuencias. Específicamente en el ámbito de la relación

²⁶⁸ Mac-Quhae, Rafael, “El camino rojo del desarrollo sustentable”, ANALES de la Universidad Metropolitana, file:///C:/Users/andy/D/ownloads/Dialnet-ElCaminoRojoDelDesarrolloSustentable-4994784%20(1).pdf consultado: 12/02/2018

²⁶⁹ ídem

²⁷⁰ Baek, Jungho y Koo, Won, “A Dynamic Approach to the FDI-Environment Nexus: The Case of China and India”, <https://ageconsearch.umn.edu/bitstream/6508/2/467514.pdf> Consultado: 08/10/2018

medio ambiente e inversión extranjera directa, nos encontramos con diferentes hipótesis.

Por ejemplo, la hipótesis de los paraísos de contaminación "*pollution haven hypothesis*" señala que los países en desarrollo tienden a bajar sus estándares de protección ambiental en aras de atraer inversión extranjera. Por otra parte, la "*industrial flight hypothesis*" afirma la propensión de las empresas a trasladar su producción a países con una regulación ambiental más vaga, lo que reduce los costos de producción. En contraste, también existe la "*pollution halo hypothesis*" la cual advierte que la inversión extranjera trae mejores tecnologías que a largo plazo ayudan a disminuir la contaminación ambiental.

Asimismo, Grossman y Krueger desarrollaron la hipótesis *EKC* que afirma la existencia de una relación de *U invertida* entre la degradación ambiental y el crecimiento económico.

**"We find no evidence that environmental quality deteriorates steadily with economic growth. Rather, for most indicators, economic growth brings an initial phase of deterioration followed by a subsequent phase of improvement. We suspect that the eventual improvement reflects, in part, an increased demand for (a supply of) environmental protection at higher levels of income."*²⁷¹

Esto significa que, al principio, con el incipiente desarrollo económico, la degradación ambiental incrementa hasta alcanzar un punto máximo que posteriormente decrece como consecuencia de la relación entre crecimiento y desarrollo tecnológico -a mayor desarrollo tecnológico, se buscarán alternativas de producción más amigables con el medio ambiente-.²⁷² Cuando un país o región alcanza cierto nivel de prosperidad, sus ciudadanos demandan que se preste atención a aspectos no socioeconómicos de sus condiciones de vida. Los países más ricos tienden a tener ciudades más limpias y ríos con menores índices de contaminación y, a su vez, sus leyes ambientales son más estrictas.²⁷³

²⁷¹ Grossman, Gene y Krueger, Alan, "*Economic growth and the environment*" The quarterly journal of economics, núm. 2, mayo 1995, págs. 353-377. <http://web.econ.ku.dk/nguyen/teaching/Grossman%20and%20Krueger%201995.pdf> Consultado: 13/02/18

²⁷² Shahbaz, Muhammad et al "Does foreign direct investment impede environmental quality in high-, middle-, and low- income countries?" Energy Economics, núm. 51, septiembre 2015, págs. 275-287. [http](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0195656015000000) Consultado: 13/02/2018

²⁷³ Grossman, Gene y Krueger, Alan, "*Economic growth (...)*" Op.Cit. pp. 353-377

Sin embargo, los autores advierten que esta conclusión puede indicar que los costos de producción de bienes poco ecológicos en los países con regulaciones ambientales más estrictas, pone a estos países en una desventaja competitiva frente a los países con regulaciones ambientales más laxas -que como consecuencia de ello- tienen costos de producción más baratos, y por lo tanto, atraen a las industrias más contaminantes. Lo que concuerda con la hipótesis de los paraísos de contaminación (*pollution haven hypothesis*) que -como se mencionó en la página anterior- afirma que existe una relación positiva entre la afluencia de inversión extranjera hacia los países con leyes ambientales laxas. Esto es porque la libre transferencia de capital facilita la movilidad de inversión de un país a otro.²⁷⁴

H. Hassaballa, señala que el sector petrolero; el de construcción; el de productos químicos y el de la transportación son las industrias que más se instalan en países en desarrollo. Por lo tanto, las industrias que más contaminan siguen dirigiéndose a países subdesarrollados a través de la inversión extranjera. Así mismo, concluye que las leyes ambientales laxas en los países en desarrollo son un factor determinante para la atracción de inversión extranjera.²⁷⁵ Pero, también la apertura comercial es una variable importante para la atracción de inversiones poco sustentables.

**“Trade openness effects have been linked with output, non-renewable energy use, and pollutant emissions, and they are considered an effective determinant of carbon emissions.”²⁷⁶*

Baek y Koo²⁷⁷ reafirman lo anterior:

**No encontramos evidencia de que el deterioro ambiental incremente continuamente con el crecimiento económico. Más bien, en la mayoría de los indicadores, el crecimiento económico inicialmente trae una fase de deterioro ambiental seguido por una subsecuente fase de mejora. Sospechamos que la eventual mejora, refleja en parte, que a mayor ingreso, existe un incremento en la demanda de protección ambiental.*

²⁷⁴ Hassaballa, Hoda “The Effect of Lax Environmental Laws on Foreign Direct Investment Inflows in Developing Countries” <http://jetems.scholarlinkresearch.com/articles/The%20Effect%20of%20Lax.pdf> Consultado: 21/02/2018

²⁷⁵ Ídem

²⁷⁶ Basalobre-Lorente, Daniel et al, “How economic growth, renewable electricity and natural resources contribute to CO2 emissions?” *Energy Policy*, núm. 113, febrero 2018. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421517307255?via%3Dihub> Consultado: 08/10/2018

²⁷⁷ Baek, Jungho y Koo, Won, “A Dynamic Approach to the FDI-Environment Nexus: The Case of China and India” <https://ageconsearch.umn.edu/bitstream/6508/2/467514.pdf> Consultado: 08/10/2018

** Los efectos de apertura comercial se han relacionado con la producción, el uso de energía no renovable y las emisiones contaminantes, y se consideran un determinante eficaz de las emisiones de carbono.*

“Con sus leyes ambientales relativamente laxas, China atrae inversión extranjera de países desarrollados para que industrias contaminantes se establezcan en este país, lo cual genera crecimiento económico a costa de la degradación del medio ambiente.”

Mientras que, en los países de bajo ingreso, un incremento en la inversión extranjera enfocada en el sector industrial y de producción representa un significativo decremento en la sustentabilidad ambiental, por el contrario, en los países desarrollados la inversión extranjera reduce las emisiones de CO₂, esto debido a que el desarrollo tecnológico y el capital humano con el que cuentan estos países resulta atractivo para los inversores de industrias menos contaminantes.

** “With higher income levels, industrial production is phased out in favor of more high-tech and service-oriented production.”²⁷⁸*

Shahbaz et al²⁷⁹ señalan que, para que la inversión extranjera se traduzca en desarrollo sustentable, es importante la transferencia tecnológica de los países desarrollados a los subdesarrollados, y paralelamente estos últimos deben hacer cumplir las leyes ambientales y promover el uso de tecnologías amigables con el medio ambiente en las industrias domésticas. También, H. Hassaballa²⁸⁰ sugiere que los países en desarrollo se deshagan de la corrupción; que desarrollen leyes ambientales más exigentes; se enfoquen en la educación y en el desarrollo tecnológico; y mejoren la capacitación de sus trabajadores.

**“It must be accepted that once an economy achieves a high income, society will demand a high- quality environment, which will require efforts in the form of environmental regulation to promote technical effects through more efficient and less polluting energy production actions.”²⁸¹*

²⁷⁸ Basalobre-Lorente, Daniel et al, “How economic growth, renewable electricity and natural resources contribute to CO₂ emissions?” *Energy Policy*, núm. 113, febrero 2018. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421517307255?via%3Dihub> Consultado: 08/10/2018.

²⁷⁹ Shahbaz, Muhammad et al “Does foreign direct investment impede environmental quality in high-, middle-, and low- income countries?” *Energy Economics*, núm. 51, septiembre 2015, págs. 275-287 <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140988315001905> Consultado: 13/02/2018.

²⁸⁰ Hassaballa, Hoda “The Effect of Lax Environmental Laws on Foreign Direct Investment Inflows in Developing Countries” <http://jetems.scholarlinkresearch.com/articles/The%20Effect%20of%20Lax.pdf> Consultado: 21/02/2018.

²⁸¹ Basalobre-Lorente, Daniel et al, “How economic (...)” Op. Cit.

*Con mayores ingresos, la producción industrial da un salto a favor de producción orientada a la alta tecnología y a los servicios.

En noviembre del 2018, los presidentes de México, Estados Unidos y Canadá firmaron el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (USMCA por sus siglas en inglés). Si se ratifica, el USMCA vendrá a reemplazar al TLCAN, y entre los principales cambios que plantea se encuentra la restricción de los inversionistas de recurrir a arbitrajes de inversión.

De acuerdo con el capítulo 31 de este tratado, sólo las compañías de Estados Unidos y México que pertenezcan al sector petrolero, de gas y electricidad, telecomunicaciones e infraestructura podrán demandar ante un panel arbitral. Los inversionistas de otras industrias como la manufacturera sólo estarán protegidos por las cláusulas de trato nacional, trato de nación más favorecida y expropiación directa. En el caso de que quieran demandar por el incumplimiento de otras cláusulas, tendrán que recurrir al gobierno de sus países para que inicien un procedimiento en contra de la otra nación. De esta manera, se ha dado un paso hacia adelante para dismantelar el poder inamovible que tenían los inversionistas sobre el país anfitrión.

Por otra parte, para fomentar la participación pública en materia de medio ambiente el USMCA establece un mecanismo de peticiones relacionada con la aplicación de leyes ambientales e incorpora la posibilidad de implementar nuevos mecanismos de consulta civil para que en caso de violaciones a alguna ley ambiental nacional, las personas puedan alegar.

Ante estos cambios, habrá que analizar si realmente menos protección a inversiones va de la mano con un decremento en la inversión extranjera.

**Debe ser aceptado que, una vez que una economía alcanza un alto ingreso, la sociedad demandará un medio ambiente de calidad, lo que requerirá esfuerzo en la forma de regulación ambiental para promover efectos técnicos a través de energía más eficiente y menos contaminante.*

CONCLUSIONES:

La inversión extranjera no es en sí ni buena ni mala, la desregulación económica es una de las causas de que ésta no sea más provechosa. Con desregulación, no nos referimos a que no existan leyes referentes a la actividad económica, sino a que estas leyes benefician al sector privado. Por ejemplo, en los tratados de inversión, se dan amplios derechos a los inversores extranjeros, y los árbitros hacen interpretaciones extensivas de términos como *expropiación indirecta* que puede implicar cualquier actividad del estado anfitrión que afecte los intereses del inversor, *cualquier actividad*, que según los árbitros no esté justificada. En consecuencia, muchas de las regulaciones en materia ambiental que afecten al interés de los inversionistas terminan siendo objeto de disputa en los arbitrajes lo que, en caso de que pierda el Estado, repercute en su economía por la imposición de una indemnización multimillonaria, lo que significa un desbalance entre el poder que tiene el inversionista y el poder que tiene el Estado, estando el primero en una posición más privilegiada que el segundo. Un inversionista puede decidir mover su capital de un país a otro donde los salarios sean más bajos o existan menos regulaciones ambientales, mientras que los Estados se ven presionados ante la posibilidad de que una empresa extranjera que ofrece trabajo a miles de personas salga del país.

Los arbitrajes de inversión en su mayoría son llevados con secrecía, lo que significa que hay poca información con respecto a las disputas que la población pueda consultar, además las audiencias no son abiertas y muchas veces se llevan a cabo en otros países con una mayor informalidad que un proceso judicial común. Esto limita la participación de los mexicanos en estos arbitrajes, que, si bien pueden ampararse ante la ejecución de un laudo arbitral, la no ejecución de este laudo por parte del juez conllevaría a una responsabilidad internacional por parte del Estado mexicano. Si bien puede alegarse que ese laudo va en contra del orden público, la falta de definición de lo que orden público significa puede resultar en conclusiones diversas, tanto favorables como desfavorables para el Estado mexicano.

Por último, la divergencia en el desarrollo que ha tenido el derecho internacional de inversiones frente al desarrollo de los derechos humanos ha hecho difícil que estas materias encuentren puntos equidistantes. Los árbitros en materia de inversión desconocen de Derechos Humanos y de medio ambiente porque muchos de ellos han sido árbitros en conflictos de comercio internacional. Su formación es la de un abogado corporativista más no la de un ambientalista o internacionalista. Por otra parte, está el problema de la redacción de los tratados de inversión que no hacen referencia a la protección de los derechos humano ni del medio ambiente. Pero el principal problema, es que cuando alguna empresa o algún Estado viola los derechos humanos de sus trabajadores o ciudadanos, no existe sanción alguna, todo queda en meras *recomendaciones*. Además de que las empresas sacan sus propios códigos de ética que cuando son incumplidos no tienen mayor repercusión por ser meramente voluntarios. Sin embargo, si el Estado viola los derechos de un inversor extranjero, existen los tribunales arbitrales que le van a imponer el pago de una indemnización multimillonaria. El dinero se impone frente a los derechos humanos.

Se concluye, que la mejor manera de que México crezca y reciba mejor inversión extranjera, es mediante la educación. El desarrollo de la tecnología va a permitir un mayor cuidado del medio ambiente, además de que va a atraer a inversionistas que se fijan en México por la calidad de sus trabajadores y no por tener mano de obra barata ni muchos recursos naturales. Por otra parte, los senadores deben discutir la implementación de las cláusulas de protección a derechos humanos, del medio ambiente, así como una definición de lo que implica orden público, para dejar menos espacio a interpretaciones ambiguas por parte de los árbitros.

BIBLIOGRAFÍA

- Arahuetes, Alfredo y Gómez Bengoechea, Gonzalo “Las inversiones directas españolas en américa latina en el periodo de 2009-16”, *Estudios de política exterior*, núm. 78, otoño 2016.
- Arellano García, Carlos, *Derecho internacional público: volumen 1*, Editorial Porrúa, México, 1983.
- ----- *Primer curso de derecho internacional público*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2006.
- Béjar Rivera, Luis José, “Orden público”, en Olivos Campos, José René (Coord.), *Derecho administrativo*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2014.
- Bernal Ladrón de Guevara, Diana, “El reconocimiento y tutela de los derechos humanos de los contribuyentes”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM, 2014.
- Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el derecho privado*, U.N.A.M., Ciudad de México, 1963.
- Camacho Galindo, Miguel, *Derecho administrativo*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1995.
- Corcuera, Santiago, *Los derechos humanos aspectos jurídicos generales*, Editorial Oxford, Ciudad de México, 2016.
- De la Cruz Ferrer, Juan, “Regulación, desregulación y neo-regulación”, en Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa, Servicio publicaciones facultad de derecho, Fundación Santander, Madrid, 2000.

- De Sousa Santos, Boaventura, *Reinventar la democracia: reinventar el estado*, 2ª.ed., Instituto latinoamericano de investigaciones sociales, Quito,2004.
- Domínguez Crespo, César Augusto, “Derechos humanos y derecho presupuestal”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, UNAM, México, 2014.
- Douglas, Zachary, “The international law of investment claims”, Nueva York, Cambridge, 2009.
- Durand, Leticia “¿Todos ganan? Neoliberalismo, naturaleza y conservación en México”, *Sociológicas*, México, año 29, núm. 82, mayo-agosto 2014.
- Eberhardt, Pía; Olivet, Cecilia, “Cuando la injusticia se vuelve negocio”, *Corporate Europe Observatory y Transnational Institute*, Bruselas, 2012.
- Esteve Pardo, José, *Lecciones de derecho administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 40ª Ed, Editorial Porrúa, D.F, 2000.
- García Bueno, Marco César, “El derecho tributario nacional frente a la normativa internacional: el soft-law”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, UNAM, México, 2014.
- García De Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo I*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- García de la Mora, Leonardo, *Derecho financiero y tributario*, JM Bosch, Barcelona, España, 1999.
- Garrido del Toral, Andrés, *Fundamentos de derecho administrativo*, Universidad Autónoma de Querétaro, Fondo Editorial de Querétaro, Querétaro, 2015.

- González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Hernández Z, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, HEGOA, Bilbao, 2009.
- Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado: analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*", Ediciones Coyoacán, México, D.F., 2004.
- Ley sobre la Aprobación de Tratados en Materia Económica, 2004.
- López Sosa, Eduardo y López Sosa Montes de Oca, Natalia, *Derecho administrativo mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2015.
- Meadows, Donatella et al, *The limits to growth*, 4a. ed., Editorial Universe Books, Nueva York, 1972.
- Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*, Oxford, U.K., 2013.
- Nava Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- Organización de los Estados americanos, corte interamericana, Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia 24 de septiembre 1999.
- Ortega, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México: estudios sobre constitucionalización del derecho*, Tirant lo Blanch, México, 2015.
- Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, Editorial Oxford, México, 2012.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho administrativo*, Editorial Ariel Derecho, España, 2003.

- Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, Editorial Fondo de cultura económica, México, 1999.
- Roldán Xopa, José, *Constitución y mercado*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- ----- *Derecho administrativo*, Colección textos jurídicos universitarios, Editorial Oxford, México, 2013.
- Sánchez, Narciso, *Primer curso de derecho administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, Editorial Porrúa, México D.F., 2012.
- Sepúlveda, Cesar, *Derecho internacional*, Editorial Porrúa, México D.F., 2013.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo parte: ii*, 25ª ed, Editorial Porrúa, México, 2008.
- Serrano de Triana, Adolfo, "Hacia una administración con mejores títulos de intervención", en Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho, Fundación Santander, 2000.
- Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, Estado de Editorial Pereznieta, México, 1994.
- Sornarajah, *The international law on foreign investment*, U.K. Oxford, 2004.
- Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2002.

- ----- *La economía del sector público*, 3ª. Ed, Trad. Rabasco Ma. Esther y Toharia Luis, Antoni Bosch, Barcelona, 2000.
- Strange, T. y A. Bayley (2012), *Desarrollo sostenible: integrar la economía, la sociedad y el medio ambiente*, Esenciales OCDE, OECD Publishing- instituto de investigaciones económicas, UNAM.
- Van Harten, Gus, *Investment treaty arbitration*, U.K. Oxford,2007.
- Villar Ezcurra, José Luis, “Cauces de la intervención administrativa”, en Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho, Fundación Santander, 2000.

Referencias electrónicas

- Aceves, Carla y Palerm, Juan, “Environmental impact assesment in mexico: an analysis from a consolidating democracy perspective”, *Impact assesment and project appraisal*, Surrey, UK, junio 2004, núm. 2, Vol. 22, pp. 99-108 [en línea] [fecha de consulta: 06/11/2018] Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154604781766049>
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por México y Alemania*, Secretaría de Economía [en línea] [fecha de consulta: 04/09/2017] Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2440/SE_alemania_apri.pdf
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por México y Argentina*, Secretaría de Economía [en línea] [fecha de consulta: 08/09/2017] Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2441/SE_argentina_actual_apri.pdf

- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por México y Cuba*, Secretaría de Economía [en línea] [fecha de consulta: 04/09/2017] Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2419/SE_cuba_appri.pdf
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México y España*, Secretaría de Economía [en línea] [fecha de consulta: 08/12/2017] Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2422/SE_espana_appri.pdf
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmada por México e India*, Secretaría de Economía [en línea] [fecha de consulta: 04/09/2017] Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2426/SE_india_appri.pdf
- *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmada por México y Uruguay*, Secretaría de Economía [en línea] [fecha de consulta: 04/09/2017] Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2439/SE_uruguay_appri.pdf
- Aira González, Patricia, “Relaciones comerciales entre México y España. Reflexiones sobre el caso TECMED a la luz del derecho internacional”, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2009 [en línea] [fecha de consulta: 08/12/2017] Disponible en: <file:///C:/Users/andy/Downloads/2670-2534-1-PB.pdf>
- Amparo en revisión 30/89. Carolina Santillana Orduña. 1o. de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos
<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/228/228764.pdf>

- André, Pierre y Perevochtchikova, Maria, “Environmental impact assesment in mexico and canada: comparative analysis at national and regional levels of federal district and Quebec”, International journal of environmental protection, Missouri University of Science and Technology, USA, Agosto 2013, Vol. 3, pp. 1-12 [en línea] [fecha de consulta: 24/10/2018] Disponible en: <https://mariaperevochtchikova.colmex.mx/pdfs/Articulos/2013-Environmental%20Impact%20Assessment%20in%20Mexico%20and%20Canada%20Comparative%20Analysis%20at%20National%20and%20Regional%20Levels%20of%20Federal%20District%20and%20Quebec.pdf>
- Arellano García, Carlos “El juicio de amparo y los tratados internacionales”, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM [en línea] [fecha de consulta: 11/12/17] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/11.pdf>
- Arriaga Becerra, Raúl, “La evaluación de impacto ambiental en México. Situación actual y perspectivas futuras” [en línea] [fecha de consulta: 22/10/2018] Disponible en: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/5ed096804c08c215af3fbf79803d5464/5_Raul+Arriaga_Estudio.pdf?MOD=AJPERES
- Avila de la Cruz, Liris Solanch y Sánchez Martínez, Remberto A, “Cláusulas paraguas: esquema normativo para su interpretación en el arbitraje de inversiones”, Revista In jure Anáhuac Mayab, núm. 10,2017 [en línea] [fecha de consulta: 11/11/2017] Disponible en: http://anahuacmayab.mx/injure/wpcontent/uploads/2018/04/2_clausula_paraguas.pdf
- Bácares Olarte, Diana Carolina, “El derecho internacional de las inversiones en américa latina: el reencuentro con los derechos humanos” [en línea] [fecha de consulta: 11/11/2017] Disponible en: https://www.academia.edu/1946268/El_derecho_internacional_de_las_inversiones_en_America_latina_el_reencuentro_con_los_derechos_humanos

- Baek, Jungho y Koo, Won, “A Dynamic Approach to the FDI-Environment Nexus: The Case of China and India” [en línea] [fecha de consulta: 08/10/2018] Disponible en: <https://ageconsearch.umn.edu/bitstream/6508/2/467514.pdf>
- Basalobre-Lorente, Daniel et al, “How economic growth, renewable electricity and natural resources contribute to CO2 emissions?” *Energy Policy*, núm. 113, febrero 2018 [en línea] [fecha de consulta: 08/10/2018] Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421517307255?via%3Di%3Dihub>
- Beltrán Baldares, Leonardo, “Praxis del acuerdo arbitral” [en línea] [fecha de consulta: 05/11/17] Disponible en: <file:///C:/Users/andy/Downloads/21607-19289-1-PB.pdf>
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al, “Investment treaties and why they matter to sustainable development: questions and answers”, International institute for sustainable development, Manitoba, 2012 [en línea] [fecha de consulta: 29/04/2017] Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf
- Boholavsky, Juan Pablo, “Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento).” *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, julio de 2010 [en línea] [fecha de consulta: 27/11/2017] Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/3769-tratados-proteccion-inversiones-implicaciones-la-formulacion-politicas-publicas>
- ----- “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, *Revista del tribunal permanente de revisión*, Paraguay, núm. 5, marzo 2015 [en línea] [fecha de consulta: 15/07/2017] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830174.pdf>

- Boholavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión” [en línea] [fecha de consulta: 14/09/2017] Disponible en: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2010/09/control-convencionalidad-bits-bohos-justo.pdf>
- Bouchenaki, Amal et al., “La convención de nuevo york. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público”, en Mc Lean, Magaly, Moreno Valle, Jaime (pub.), *Arbitraje comercial internacional: reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Canadá, Organización de los Estados Americanos, pp. 63-86 [en línea] [fecha de consulta: 10/03/2017] Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_reconocimiento_y_ejecucion_de_sentencias_y_laudos_arbitrales_extranjeros_2015.pdf Consultado: 10/03/2017
- Carpizo, Jorge “La constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México D. F, vol. XII, 2012 [en línea] [fecha de consulta: 05/09/2017] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29245.pdf>
- *Carta Mundial de la Naturaleza* [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: www.gob.mx/semarnat/articulos/carta-mundial-de-la-naturaleza?idiom=es
- Cervantes, Jesusa, “La presa el zapotillo: con Peña Nieto, inversión millonaria para una presa empantanada”, *Revista proceso*, 31 agosto 2017 [en línea] [fecha de consulta: 10/12/2017] Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/501173/la-presa-zapotillo-pena-nieto-inversion-millonaria-una-obra-empantanada>
- Cervantes Dueñas, Juan Octavio, “Las instituciones del Breton Woods: desarrollo (neoliberalmente) sustentable”, *Observatorio medioambiental*, España, año 2014, núm. 17 [en línea] [fecha de consulta: 08/03/2018] Disponible en: [file:///C:/Users/andy/Downloads/47190-77894-2-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/andy/Downloads/47190-77894-2-PB%20(1).pdf)

- C. Hernández [en línea] [fecha de consulta: 30/03/2017] Disponible en:
http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/hernandez_h_c/capitulo3.pdf
- “CIADI, reglamento del mecanismo complementario”, *Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones*, Washington, D.C., EE.UU., 2006 [en línea] [fecha de consulta: 06/04/2017] Disponible en:
https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/AFR_%202006%20Spanish-final.pdf
- “Clasificador por objeto del gasto para la administración pública federal” [en línea] [fecha de consulta: 9/12/17] Disponible en:
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5172682&fecha=28/12/2010
- “Conoce los países que más contaminan el mundo”, *Telesur*, 9 de junio del 2017 [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en:
<https://www.telesurtv.net/news/Conoce-los-paises-que-mas-contaminan-el-mundo-20170609-0040.html>
- “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, 1980 [en línea] [fecha de consulta: 30/04/2017] Disponible en:
http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- “Convención de Viena y protocolo de Montreal” [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en:
<http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1705-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-69>
- “Convención internacional sobre el comercio de especies amenazadas de fauna y flora silvestres” [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: <https://cites.org/esp/disc/what.php>

- Corti, Horacio, “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero” *Revista Jurídica de Buenos Aires* [en línea] [fecha de consulta: 11/09/2017] Disponible en: <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Revista-Juridica-de-Buenos-Aires.pdf>
- Crotty, James et al, “Multinational corporations in the neo-liberal regime”, Cambridge University Press, 1998 [en línea] [fecha de consulta: 8/02/2018] Disponible en: http://online.sfsu.edu/jgmoss/PDF/635_pdf/No_23_CrottyEsteinKelly.pdfAQ
- Cosbey, Aaron, et al “Inversiones y desarrollo sustentable: una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones”, Manitoba, International institute for sustainable development, 2004 [en línea] [fecha de consulta: 08/04/2017] Disponible en: http://test.iisd.org/pdf/2004/investment_invest_and_sd_es.pdf
- Cruz Parceró, Juan Antonio, “El concepto de Interés de legítimo y su relación con los derechos humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, México, núm.39, octubre 2013 [en línea] [fecha de consulta: 11/12/2017] Disponible en: [file:///C:/Users/andy/Downloads/EL%20CONCEPTO%20DE%20INTER%20C3%89S%20LEG%20C3%8DTIMO%20Y%20SU%20RELACI%20C3%93N%20CON%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20\(ART%20C3%8DCULO%20ITAM\).pdf](file:///C:/Users/andy/Downloads/EL%20CONCEPTO%20DE%20INTER%20C3%89S%20LEG%20C3%8DTIMO%20Y%20SU%20RELACI%20C3%93N%20CON%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20(ART%20C3%8DCULO%20ITAM).pdf)
- Dorbecker, Miguel, “El sistema híbrido de arbitraje en materia de inversiones: ¿más público que privado? Implicaciones de transparencia, acceso a la información, corrupción y rendición de cuentas en el arbitraje en materia de inversiones”, *Centro de investigaciones jurídicas UNAM* [en línea] [fecha de consulta: 03/02/17] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/12.pdf>

- “¿De dónde sale el dinero que gasta el gobierno mexicano?”, *Nación 321*, octubre 2010 [en línea] [fecha de consulta: 23/07/2018] Disponible en: <http://www.nacion321.com/gobierno/de-donde-sale-el-dinero-que-gasta-el-gobierno-mexicano>
- Echaide, Javier “Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua”, *Instituto de investigaciones jurídicas y sociales Ambrosio Gioja*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires [en línea] [fecha de consulta: 26/07/2017] Disponible en: <http://web.isanet.org/Web/Conferences/FLACSO-ISA%20BuenosAires%202014/Archive/0439ce08-a8af-42c0-a793-08e98f775992.pdf>
- “El 40% de los ministros de la democracia utilizaron las puertas giratorias”, *Observatorio de Multinacionales en América Latina*, noviembre 2017 [en línea] [fecha de consulta: 01/02/2018] Disponible en: <http://omal.info/spip.php?article8465>
- “El principio kompetenz-kompetenz” [en línea] [fecha de consulta: 8/9/2017] Disponible en: <https://todosobrearbitraje.wordpress.com/2014/07/25/el-principio-de-kompetenz-kompetenz/>
- Esperón Jiménez, Gloria Clementina, “Tesis: Desarrollo del derecho ambiental en Centroamérica”, *Universidad de Alicante: Departamento de Estudios jurídicos del Estado*, España [en línea] [fecha de consulta: 03/10/2017] Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/56827/1/tesis_gloria_clementina_esperon_jimenez.pdf
- Fernández Lamela, Pablo “Globalización y derecho público. Introducción al derecho administrativo internacional” [en línea] [fecha de consulta: 30/07/2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/7.pdf>

- Fernández Pérez, Ana, “Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Castilla la Mancha, 2016 [en línea] [fecha de consulta: 15/02/17] Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Ana_Fernandez_Perez/publication/290974104_Contornos_de_la_autonomía_de_la_voluntad_en_la_configuración_del_arbitraje/links/57c02c7208aeda1ec3878b66.pdf?origin=publication_list
- García Bolívar, Omar, “Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones” [en línea] [fecha de consulta: 01/09/17] Disponible en: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>
- Garza Magdaleno, Fernanda, “El Arbitraje en México”, *Centro de Derecho Económico-ITAM* [en línea] [fecha de consulta: 22/11/2016] Disponible en: <http://cdei.itam.mx/GarzaArbitraje.pdf>
- Granato, Leonardo y Oddone, Nahuel Carlos, “Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?”, *Revista Universidad EAFIT*, Argentina, núm. 148, vol. 43,2007 [en línea] [fecha de consulta: 28/11/2017] Disponible en: <file:///C:/Users/andy/Downloads/687-1-1995-1-10-20120523.pdf>
- Ghouri, Ahmad Ali, “Determining hierarchy between conflicting treaties”, *Asian journal of international law*, Pakistán, 2012 [en línea] [fecha de consulta: 23/11/2017] Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/256013721_Determining_Hierarchy_Between_Conflicting_Treaties_Are_There_Vertical_Rules_in_the_Horizontal_System
- Grossman, Gene y Krueger, Alan, “Economic growth and the environment” *The quarterly journal of economics*, núm. 2, mayo 1995 [en línea] [fecha de consulta: 13/02/18] Disponible en: <http://web.econ.ku.dk/nguyen/teaching/Grossman%20and%20Krueger%201995.pdf>

- Gómez García, Luis Eduardo, “El medio ambiente en el sistema jurídico mexicano”, *Amicus Curiae*, México, núm. 4 [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: http://www.derecho.duad.unam.mx/amicuscuriae/descargas/09_03_09/medioambiente.pdf
- González de Cossío, Francisco, “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: homenaje a don Raúl Medina Mora” [en línea] [fecha de consulta: 27/10/2017] Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>
- ----- “¿Cuándo pacta es servanda? Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión” [en línea] [fecha de consulta: 08/06/2018] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/12.pdf>
- Haro Martínez, Alma Angélica, y Taddei Bringas, Isabel Cristina, “Sustentabilidad y economía: la controversia de la valoración ambiental” *Economía, sociedad y territorio*, México, núm. 46, 2014 [en línea] [fecha de consulta: 13/11/2017] Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/111/11131650006.pdf>
- Hassaballa, Hoda, “The Effect of Lax Environmental Laws on Foreign Direct Investment Inflows in Developing Countries”, *Journal of emerging trends in Economics and Management Sciences* [en línea] [fecha de consulta: 21/02/2018] Disponible en: <http://jetems.scholarlinkresearch.com/articles/The%20Effect%20of%20Lax.pdf>
- Hernández, José, “Control judicial, justicia administrativa y arbitraje internacional de inversiones reflexiones desde el derecho administrativo iberoamericano” [en línea] [fecha de consulta: 24/08/17] Disponible en:

<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/JCA-e-inversiones-JIHG-Final-Rev.pdf>

- Hernández Z, Juan, “El derecho comercial global frente al derecho internacional de los derechos humanos (parte i)” *La razón: la gaceta jurídica* [en línea] [fecha de consulta: 27/06/2017] Disponible en: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Derecho-comercial-internacional-derechos-humanos-gaceta_0_2265373528.html
- “Inversión española en México supera los 57 mil mdd”, *Periódico La Jornada*, 3 de abril del 2017 [en línea] [fecha de consulta: 11/12/2017] Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2017/04/03/economia/022n2eco>
- “Inversiones extranjeras directas en desarrollo: un máximo de beneficios por un costo mínimo” Informe de la oecd [en línea] [fecha de consulta: 10/06/2018] Disponible en: <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959795.pdf>
- “Inversión extranjera directa y desarrollo sustentable: lección desde las américas”, Grupo de trabajo sobre desarrollo y medio ambiente en las américas [en línea] [fecha de consulta: 09/07/2017] Disponible en: https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI_WG_May08_Span_Full.pdf
- Kotz, David, “Globalization and neoliberalism”, *Rethinking Marxism*, Amherst, Massachusetts, núm.2, verano 2002 [en línea] [fecha de consulta: 28/02/2018] Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/089356902101242189>
- Mac-Quhae, Rafael, “El camino rojo del desarrollo sustentable”, ANALES de la Universidad Metropolitana [en línea] [fecha de consulta: 12/02/2018] Disponible en: [file:///C:/Users/andy/D/ownloads/Dialnet-ElCaminoRojoDelDesarrolloSustentable-4994784%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/andy/D/ownloads/Dialnet-ElCaminoRojoDelDesarrolloSustentable-4994784%20(1).pdf)

- “Manual de medio ambiente y comercio”, Canadá, Programa de las naciones unidas para el medio ambiente, instituto internacional para el desarrollo sustentable, 2001 [en línea] [fecha de consulta: 15/10/2018] Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/envirotrade_handbook_es.pdf
- Mendoza González, Liliana Antonia, “Acceso a la justicia ambiental en México”, *Universidad de Alicante: Departamento de Estudios jurídicos del Estado*, España [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/57264/1/tesis_liliana_antonia_mendoza_gonz%C3%A1lez.pdf
- Morales Vela, Dunker, “Arbitraje internacional de inversiones: conflictos en la aplicación de cláusulas paraguas” [en línea] [fecha de consulta: 08/06/2018] Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf
- “Naturaleza jurídica del tratado de libre comercio de américa del norte” *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM* [en línea] [fecha de consulta: 05/09/2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2825/6.pdf>
- Niedrist, Gerhard, “Derechos humanos ¿en el derecho internacional?” [en línea] [fecha de consulta: 25/10/2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/8.pdf>
- ----- “Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la unión europea” *Anu. Mex. Der. Inter*, México, Vol. 11, enero 2011 [en línea] [fecha de consulta: 25/10/2017] Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v11/v11a16.pdf>

- “Objetivos de desarrollo del milenio y más allá de 2015”, ONU [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: <http://www.un.org/es/millenniumgoals/bkgd.shtml>
- “Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR” [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/libro/resena_del_derecho_a_la_informacion_18.php
- “Office of the United States Trade Representative” [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: <https://ustr.gov/issue-areas/trade-development/preference-programs/generalized-system-preference-gsp>
- “Organización Mundial del Comercio” [en línea] [fecha de consulta: 02/10/2018] Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_s.htm
- “Open Stax College”, Biology [en línea] [fecha de consulta: 08/10/2018] Disponible en: <https://es.khanacademy.org/science/biology/ecology/population-growth-and-regulation/a/exponential-logistic-growth>
- “Página del CIADI” [en línea] [fecha de consulta: 15/10/2018] Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Recognition-and-Enforcement-\(AF-Arbitration\).aspx](https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Recognition-and-Enforcement-(AF-Arbitration).aspx)
- “Países con Tratados y Acuerdos firmados con México” [en línea] [fecha de consulta: 15/10/2018] Disponible en: <https://www.gob.mx/se/documentos/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico-acuerdos-internales-appris>

- Pellet, Alain, “Police powers or the state’s right to regulate” [en línea] [fecha de consulta: 08/08/2017] Disponible en: <http://alainpellet.eu/wp-content/uploads/2016/12/PELLET-2015-Police-Powers-or-the-States-Right-to-Regulate.pdf>
- Pohl, Joaquín et al, “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, Oecd Publishing Paris, núm. 2012/02, 2012 [en línea] [fecha de consulta: 06/09/2017] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>
- Ponce Nava, Diana Lucero, “Procuración y acceso a la justicia ambiental y territorial en México”, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, México, Núm. 6, 2012 [en línea] [fecha de consulta: 07/11/2017] Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3053/11.pdf>
- “Protocolo de Kyoto de la Convención del marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático”, 1998 [en línea] [fecha de consulta: 01/02/2018] Disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>
- Ramírez Cuevas, Jade y Siscar, Majo “El zapotillo. Una presa seca con cargo al erario”, *Periódico el Universal*, agosto 2017 [en línea] [fecha de consulta: 10/12/2017] Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/periodismo-de-investigacion/2017/08/10/el-zapotillo-una-presa-seca-con-cargo-al-erario>
- Recuenco, Luis, “Globalización económica: pérdida de poder del estado nación”, *Economía mundial, globalización y desarrollo* [en línea] [fecha de consulta: 08/06/2018] Disponible en: <http://webs.ucm.es/info/ec/jec7/pdf/com6-7.pdf>
- “Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)”, *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, mayo 2011 [en línea] [fecha de consulta: 10/09/2017] Disponible en:

<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

- Rodas, Mauricio, “Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile”, CEPAL- serie medio ambiente y desarrollo, ONU Santiago de Chile, diciembre 2003 [en línea] [fecha de consulta: 13/06/2018] Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5777/1/S0312934_es.pdf
- Ropke, Inge, “Comercio, desarrollo y sustentabilidad: una evaluación crítica del dogma del libre comercio” *Ecología política*, Barcelona, núm. 5, 1993, pp. 125-134 [en línea] [fecha de consulta: 08/10/2018] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4289832>
- Sánchez Bravo, Guillermo, “Amicus Curiae, la transparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversión”, *Lima arbitration*, núm. 5, 2012-2013 [en línea] [fecha de consulta: 06/07/2017] Disponible en: http://limaarbitration.net/LAR5/Guillermo_Sanchez_Bravo.pdf
- Sánchez Mussi, Adriana, “International minimum of treatment” [en línea] [fecha de consulta: 18/02/2017] Disponible en: <https://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>
- Santander, “Trade Portal” [en línea] [fecha de consulta: 11/12/2017] Disponible en: <https://es.portal.santandertrade.com/establecerse-extranjero/mexico/inversion-extranjera>
- Schmill, Ulises y Silva Nava, Carlos de, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, *Isonomía*, México, núm.38, abril 2013, pp. 247-268 [en línea] [fecha de consulta: 11/12/2017] Disponible en: http://www.isonomia.itam.mx/Nueva%20carpeta/Isono_38_8.pdf

- Shahbaz, Muhammad et al “Does foreign direct investment impede environmental quality in high-, middle-, and low- income countries?” *Energy Economics*, núm. 51, septiembre 2015, págs. 275-287 [en línea] [fecha de consulta: 13/02/2018] Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140988315001905>
- Tamburini, Francesco, “Historia y destino de la "doctrina calvo": ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de carlos calvo?”, *Rev. estud. hist.-juríd.* [online]. 2002, n.24, pp.81-101 [en línea] [fecha de consulta: 03/10/2018] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0716-5455. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005>.
- “Tratados internacionales”, *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM* [en línea] [fecha de consulta: 05/09/2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3643/5.pdf>
- Trejo García, Elma del Carmen “El procedimiento interno para la aprobación de un tratado internacional en México” *Servicio de Investigación y Análisis*, febrero 2007 [en línea] [fecha de consulta: 04/04/2017] Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sia/coord/pdf/coord-iss-03-05.pdf>
- Velázquez Pérez, Rafael “*Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: un conflicto no resuelto*” *Revista de derecho, agua y sostenibilidad*, Núm 0, 2016 [en línea] [fecha de consulta: 15/07/2017] Disponible en: http://redas.webs.uvigo.es/images/estudios/est_int_rafael.pdf
- Zamfir, Ionei, “Human rights in eu trade policy unilateral measures”, *European parliamentary Research Service*, febrero 2017 [en línea] [fecha de consulta: 03/10/2018] Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595878/EPRS_BRI\(2017\)595878_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595878/EPRS_BRI(2017)595878_EN.pdf)

