

# DERECHO INTERNACIONAL Y SOBERANÍA NACIONAL: EL TLC Y LAS REIVINDICACIONES DE LA JURISDICCIÓN MEXICANA

Bernardo SEPÚLVEDA AMOR

SUMARIO: I. *Las desilusiones del diálogo.* II. *La frustración de la carta.* III. *El viraje del TLC.* IV. *Los privilegios del TLC.* V. *Las garantías al capital foráneo.* VI. *El primado de la jurisdicción nacional.* VII. *La regla de oro: agotar los recursos locales.* VIII. *La reivindicación del orden jurídico mexicano.*

## I. LAS DESILUSIONES DEL DIÁLOGO

El nuevo orden económico internacional no es un concepto de cuño generalizado en el discurso político correspondiente al decenio de los 90. Lejos está ese discurso de los pronunciamientos que hace un cuarto de siglo ganaron carta de naturalización. Lejos está también de la realidad contemporánea el sistema de negociaciones que en esa época se emprendió, en el seno de la comunidad de Estados, bajo el amparo del llamado diálogo Norte-Sur. Fue esa una etapa en la que floreció un fenómeno político de gran trascendencia, que se mantuvo vivo durante el transcurso de todo el decenio de los setenta, y cuyo objetivo fue clausurar un orden caduco en el ámbito de las relaciones entre los Estados e instaurar un nuevo régimen en donde habría de prevalecer la justicia económica internacional.

Varias fueron las razones para el surgimiento y consolidación de un fenómeno político de esa naturaleza, fenómeno que se registra históricamente como diálogo Norte-Sur y que ahora parecería haber caído en desuso total, quedando sólo como reliquia de tiempos idos, tiempos en que se intentó reformar la estructura del sistema económico internacional. Una de esas razones tiene que ver con el proceso de descolonización. En los primeros veinticinco años de la postguerra, un número muy importante de antiguas colonias se convirtieron en nuevos miembros de la comunidad internacional, constituyéndose en Estados libres e independientes y con una voluntad política de reafirmar el ejercicio pleno de su soberanía. Pero esas antiguas colonias no trajeron consigo

el desarrollo económico o político correspondiente a la potencia colonial. Trajeron consigo, en cambio, las enormes carencias propias de las naciones en vías de desarrollo, con instituciones políticas invertebradas, con una economía agrícola primitiva, sin un sector industrial y con pavorosos rezagos sociales. La existencia de problemas comunes de ese género por parte de una considerable colección de países en desarrollo, gestó una demanda concertada para negociar con los países industrializados una relación más equitativa en el ámbito económico, intentando establecer así nuevas reglas del juego que significaran beneficios tangibles para lo que en ese entonces se denominaba Tercer Mundo.

La aspiración de implantar un nuevo orden económico internacional tuvo como propósito inicial defender los legítimos intereses de los países en desarrollo. Pero como fenómeno político tuvo también rasgos distintivos cuyas peculiaridades conviene anotar. Uno, importante, se relaciona con la decisión de participar, de manera directa e inmediata, en la conformación de un sistema mundial que se ajuste y responda a los objetivos del conjunto de países no industrializados. Otro, de importancia equivalente, pone de relieve la necesidad de la acción colectiva como fórmula política para defender los intereses del mundo en desarrollo. Son esas las épocas en que cobra fuerza el Grupo de los 77, el Movimiento de los Países No Alineados, la Organización de Países Productores de Petróleo (OPEP) y otras agrupaciones de productores de materias primas. Es la época, también, en que emerge la sindicalización de los intereses de los países en vías de desarrollo, lo cual permitió el ejercicio de una genuina influencia política en el proceso de toma de decisiones de los organismos internacionales.

Una característica adicional tiene que ver con el poder real ejercitado por una porción de países en desarrollo. En efecto, la crisis del petróleo al inicio del decenio de los 70, cuando el precio del barril de petróleo se multiplicó súbitamente, tocó un nervio vital en las relaciones económicas internacionales, al poner de manifiesto una clara vulnerabilidad energética de parte del mundo industrializado. Esa vulnerabilidad se tradujo, durante algunos años, en capacidad de acción y presión política y económica por parte de un grupo de países productores de petróleo. La exhibición de poder efectuada por la OPEP hizo imaginar que una acción colectiva semejante daría frutos en todos los casos. Se partía de la hipótesis de que ese tipo de acciones colectivas permitiría al Tercer Mundo incrementar su porción de la riqueza mundial existente. También se habría de cumplir por esa vía un objetivo político, esto es, el esfuerzo conjunto daría por consecuencia que las naciones no industrializadas alcanzaran al fin, como titulares de pleno derecho, el ejercicio soberano del uso y

disfrute de su patrimonio nacional, controlando sus recursos naturales y participando activamente en la definición de un nuevo orden internacional en materia de comercio, finanzas, inversión, moneda y ayuda al desarrollo.

La acción colectiva organizada por el mundo en desarrollo tuvo indudables efectos políticos que marcaron la vida de relación entre los Estados durante el decenio de los 70 y que afectó también el funcionamiento de la mayoría de los organismos internacionales, por la influencia ejercida por ese conjunto de países. En ocasiones, los efectos se reflejaron en un clima de confrontación continua entre las naciones industrializadas y los países en vías de desarrollo pero, finalmente, esas tensiones se encauzaron por la vía de la negociación, con una magna conferencia celebrada en París, inaugurada en 1975, cuya intención fue dirimir o mitigar la controversia económica y entablar un diálogo Norte-Sur. Esa conferencia fue importante por constituirse en foro de discusión de los grandes temas económicos internacionales de la época. Pero, aparte de despertar las conciencias sobre la naturaleza y la magnitud del problema, pocos y pobres fueron los resultados. Un último intento por revivir lo que se dio en llamar la serie de negociaciones globales tuvo a Cancún como sede, en octubre de 1981, reuniéndose en esa oportunidad veintidós jefes de Estado y de gobierno, representando a países desarrollados y a naciones no industrializadas. También la reunión cumbre de Cancún produjo escasos resultados; pasa a la historia como el último intento, en los umbrales del siglo XXI, para alcanzar entendimientos políticos con consecuencias económicas entre el Norte desarrollado y el Sur en desarrollo.

## II. LA FRUSTRACIÓN DE LA CARTA

Los ejercicios políticos relacionados con el establecimiento de un nuevo orden económico internacional tuvieron también manifestaciones jurídicas importantes. Quizá el instrumento legal más acabado, que incorpora los postulados más ambiciosos de un nuevo orden, está constituido por la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 12 de diciembre de 1975, día de Nuestra Señora de Guadalupe. Es cierto que 120 de los 136 Estados participantes votaron a favor: la totalidad de los países en desarrollo, la totalidad de los países que entonces componían el bloque socialista y seis países desarrollados de economía de mercado. Es cierto también que diez países se abstuvieron y que seis países (Estados Unidos, la República Federal de Alemania, la Gran Bretaña, Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca) votaron en contra.

Imposible desconocer la importancia política de quienes se abstuvieron y de quienes votaron en contra. Al margen del debate sobre sus alcances jurídicos y de su capacidad para cristalizar las aspiraciones económicas del mundo en desarrollo, la Carta es a final de cuentas una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas que no tiene la naturaleza de un tratado ni sus efectos son necesariamente obligatorios. Sin embargo, representó, en su momento, la expresión de lo que en ese entonces se juzgaba como esencial para conformar un nuevo orden económico internacional. Se juzgó, también, que una Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados era una pieza esencial en la recomposición de las relaciones entre los miembros de la comunidad internacional y un complemento natural a otros instrumentos políticos y jurídicos (por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre Descolonización, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados), o a acuerdos sociales internacionales (por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Para apreciar con una mayor claridad la índole de las preocupaciones pre-valetientes en el decenio de los 70, conviene efectuar un breve examen de algunos principios normativos contenidos en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. El tema central se relaciona con el concepto de soberanía. De esta suerte, el artículo 2o. de la Carta señala en su primer párrafo que “todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”. Una vez establecido este criterio político fundamental, el siguiente enunciado se relaciona con las facultades del Estado en la regulación de la inversión extranjera. En efecto, el segundo párrafo del artículo 2o. indica que todo Estado tiene el derecho de “reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera”.

Al comentar esta disposición, uno de los principales negociadores y redactores de la Carta señala acertadamente que:

los países inversionistas han mantenido siempre que tienen el derecho de reclamar para sus nacionales un tratamiento más favorable al que el Estado huésped otorga a sus propios nacionales cuando éstos últimos reciben un tratamiento inferior a un llamado *minimum standard*. Los países en desarrollo sostienen que el *minimum standard* es una noción periclitada, que no ha sido definida satis-

factoriamente y que la práctica estatal y los precedentes jurisprudenciales y doctrinales no tienen la uniformidad y generalidad necesarias para que dicha noción pueda considerarse como verdadera costumbre jurídica constitutiva de una norma internacional. En todo caso, y sobre todo, el reclamar un trato desigual, preferencial, en favor de los extranjeros, es contrario al principio de la igualdad soberana de todos los Estados. Nadie obliga a invertir en otros Estados. Quien lo hace, establece por ese sólo hecho una “comunidad de fortuna” entre él y el país huésped, por lo que debe aceptar los riesgos al igual que los beneficios que se deriven de su inversión.<sup>1</sup>

Este comentario tendrá que ser recordado en la lectura de capítulos posteriores, cuando se examine el régimen de excepción que el TLC ha establecido en favor del inversionista extranjero.

También como una expresión de la competencia soberana del Estado, la Carta estipula una regla complementaria a la norma relacionada con la inversión extranjera. En efecto, la Carta reafirma el derecho de todo Estado a “reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acuden...”. Una manifestación adicional que reafirma, en la Carta, el primado de la soberanía y de la jurisdicción nacional se encuentra en los términos del artículo 2o., en su último apartado, que contiene el derecho del Estado a nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros. Queda claro que el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, “teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias con el Estado considere pertinentes”. En caso de controversia en torno a la cuestión de la compensación, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que los Estados interesados decidan recurrir a otros medios pacíficos.

La lectura de esta serie de disposiciones permite derivar algunos principios generales. Uno de ellos se refiere a la competencia exclusiva del Estado para regular asuntos económicos dentro de su jurisdicción nacional y para expedir las normas relacionadas con la operación de la inversión extranjera y de las empresas multinacionales que se instalen dentro de su territorio. Otro asunto tiene que ver con la primacía de las leyes y los tribunales del Estado en donde

1 Castañeda, Jorge, “La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista internacional”, *Justicia económica internacional*, México, FCE, 1976, pp. 97 y 98.

se realiza la inversión extranjera. Por último, un asunto fundamental para la argumentación que se desarrollará posteriormente se relaciona con el imperativo de otorgar un trato igual a nacionales y extranjeros, excluyendo privilegios y preferencias en favor de quien tiene la calidad de forastero.

### III. EL VIRAJE DEL TLC

Veinte años después, México, el país originador de la iniciativa y el más vigoroso impulsor de la Carta de Derechos y Deberes de los Estados, abandona las tesis sustentadas en esa declaración y abraza las banderas del liberalismo económico, con una radical apertura en su comercio exterior y en favor de la inversión extranjera, introduciendo además un sistema de desregulación y de privatización. Como parte de ese viraje, México suscribe un Tratado de Libre Comercio con Canadá y Estados Unidos y concluye una serie de acuerdos de protección al capital foráneo. Las nuevas recetas no son producto de la casualidad. Obedecen, quizá, a un trauma colectivo originado en una serie sucesiva de crisis y catástrofes económicas padecidas por México desde el inicio de decenio de los setenta. Obedecen, quizá, a la impresión generalizada de que era preciso intentar nuevas políticas ante el fracaso de las antiguas, aunque las nuevas no hayan probado sus bondades. Obedecen, seguramente, a un sistema internacional en profunda transformación, altamente competitivo, en donde cada Estado lucha denodadamente por allegarse del exterior flujos de capital, bienes y tecnología, sabedor de que esos flujos se depositan peregrinamente en donde los réditos sean mayores.

Pero esa competencia por recursos internacionales no debe conducir a desestimar la función del Estado y sus atributos soberanos. Vulnear la jurisdicción nacional, delegando facultades esenciales en favor de una instancia externa, constituida por un tribunal internacional de arbitraje, para el ejercicio de poderes que corresponden originalmente al Estado nacional, supone correr un riesgo que, en el caso del TLC, no parecía indispensable asumir por parte de México.

Una tradición política y jurídica que México auspició y defendió durante largo tiempo ha sufrido una nueva orientación con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994. En efecto, la letra y el espíritu del artículo 27 constitucional y los principios enunciados en la Cláusula Calvo son objeto de una reconsideración como consecuencia de las disposiciones de ese acuerdo comercial. Ello frustra una de las vertientes de la doctrina Calvo, contenida en el artículo 27 constitucional y estipulada en el derecho internacional consuetudinario y en el convencional, esto es, la nor-

ma que postula el agotamiento de los recursos locales como instancia necesaria y previa a cualquier otro recurso que intente un extranjero en contra del Estado anfitrión. El principio quedó vulnerado al establecerse como regla para la solución de controversias entre México y un inversionista canadiense o estadounidense la vía del arbitraje internacional. Con la entrada en vigor de ese tratado, y con la suscripción de otros acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones, se ha introducido en el orden jurídico mexicano un elemento novedoso cuyas consecuencias son aún impredecibles.

#### IV. LOS PRIVILEGIOS DEL TLC

El TLC ha abierto una nueva avenida jurídica, al consagrar un conjunto de derechos a los inversionistas extranjeros para formular directamente acciones legales en contra del país anfitrión, sea éste Canadá, Estados Unidos o México.<sup>2</sup> Con ello, el TLC le concede al individuo una nueva condición como sujeto del derecho internacional, con capacidad de entablar un litigio en contra de un Estado, cuestión inédita en las tradiciones jurídicas y en el sistema político mexicano. También le faculta a esos inversionistas para obtener satisfacción jurídica por la vía del arbitraje internacional, conteniendo en contra del Estado huésped por una posible violación a reglas relacionadas con el tratamiento a la inversión y previstas en el TLC. De esta suerte, al inversionista extranjero se le concede una instancia privilegiada, misma que no se otorga al nacional mexicano, para someter la controversia a un procedimiento internacional de arbitraje obligatorio, que podrá ser definitivo, en contra del Estado anfitrión. Entre otros efectos, con ese procedimiento se elimina la necesidad de agotar los recursos que proporcionan los tribunales administrativos o las cortes judiciales del país anfitrión.

El capítulo XI del TLC, denominado "Inversión", regula el trato óptimo que debe otorgarse al capitán foráneo y el recurso al arbitraje internacional en caso de que un Estado parte viole esa obligación. En ese capítulo XI del TLC, el objetivo es establecer "un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegure, tanto trato igual entre inversionistas

<sup>2</sup> La Ley sobre la celebración de tratados (*Diario Oficial de la Federación*, 2 de enero de 1992), introduce en su artículo 8o. un asunto totalmente ajeno al objeto de la ley. En efecto, mediante un extraño recurso, en esa legislación se fijan las bases para concluir convenios que contengan ciertos mecanismos internacionales para la solución de controversias. Esta fórmula jurídica permitió abrir las puertas al capítulo XI del TLC, mediante el cual se aceptó que un inversionista canadiense o estadounidense tenga la facultad para someter a juicio arbitral, en forma directa, al gobierno mexicano. Bajo el principio de reciprocidad, el TLC concede una facultad idéntica al inversionista mexicano con relación a los gobiernos canadiense o estadounidense.

de las partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como el debido proceso legal ante un tribunal imparcial” (artículo 1115). Para México, el planteamiento de este objetivo tiene una bondades relativas. Resulta difícil imaginar la existencia de un beneficio mutuo, que acarree ventajas efectivas para México, mediante la aplicación del principio de reciprocidad o la invocación de la regla que exige el trato igual entre inversionistas, cuando nuestro país no es un exportador de capital y sí, en cambio, es un importante receptor de inversión proveniente del Canadá y de Estados Unidos. Extraña también la afirmación de que ese mecanismo habrá de garantizar un debido proceso legal ante un tribunal imparcial; podría suponerse que con ello no se está emitiendo un voto de confianza a la impartición de justicia en México.

El principio general es que un inversionista privado de un Estado parte (por cuenta propia o en representación de una empresa) podrá someter a arbitraje una reclamación en contra de otro Estado parte en el TLC que haya violado un cierto tipo de obligaciones en materia de inversión establecidas en el propio acuerdo. Es preciso, desde luego, que el inversionista o la empresa hayan sufrido pérdidas o daños como consecuencia de esa violación. Debe advertirse también que una condición previa para someter una reclamación al procedimiento arbitral es, por una parte, la aceptación por el inversionista de ese método de solución de diferencias de acuerdo con los términos establecidos en el tratado y, por otro lado, que ese inversionista renuncie a su derecho de iniciar o continuar procedimiento alguno ante un tribunal administrativo o judicial con respecto a la reclamación que se somete a arbitraje. De esta suerte, si el inversionista extranjero optara por este procedimiento, no podrá solicitar la protección de su gobierno para que, mediante una reclamación diplomática, pueda obtener la reparación del daño.

El tribunal de arbitraje habrá de resolver las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el propio TLC y con las reglas aplicables del derecho internacional. Esta disposición significa eliminar, como derecho aplicable, al orden jurídico mexicano (o, en su caso, al canadiense o al estadounidense), sustituyendo su vigencia por un derecho internacional cuyos alcances no quedan definidos, y por los términos del Tratado Trilateral de Libre Comercio.

El laudo arbitral será obligatorio para las partes contendientes y cuando ese laudo sea desfavorable a un Estado parte, el tribunal podrá otorgar al inversionista extranjero daños pecuniarios o la restitución de la propiedad, aunque no podrá ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo.

Para que el mecanismo del arbitraje internacional entre en operación, el inversionista extranjero debe fundar su demanda en la violación de una obli-



gación por parte del Estado huésped. Pero sólo el incumplimiento de una cierta categoría de obligaciones puede activar el mecanismo arbitral previsto en el capítulo XI del TLC. De manera enunciativa, se describen a continuación las obligaciones que, si se violan, pueden dar origen al procedimiento del arbitraje internacional.

*Trato nacional.* Cada Estado anfitrión se obliga a brindar a los inversionistas y a las inversiones de otro Estado parte “un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas”. A título de ejemplo, ninguno de los tres Estados parte podrá obligar a un inversionista a que una cierta porción de participación accionaria en la empresa correspondiente esté en manos de los nacionales del Estado anfitrión. Tampoco podrá requerir que un inversionista de las otras dos partes, en función simplemente de su nacionalidad, sea obligado a vender la inversión efectuada en ese Estado huésped.

*Trato de nación más favorecida.* Cada uno de los Estados parte en el TLC habrá de brindar a los inversionistas de otro Estado parte “un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte”.

*Trato óptimo.* Existe el compromiso de otorgar a los inversionistas de los otros dos Estados parte el mejor de los tratos, lo cual debe entenderse de acuerdo con el TLC como un “trato acorde con el derecho internacional, incluido un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Además, si un inversionista sufre pérdidas como consecuencia de conflictos armados o contiendas civiles, existe el compromiso por cada uno de los Estados parte de otorgar un trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que se adopte con relación a esas pérdidas.

*Requisitos de desempeño.* Conforme al TLC, ninguno de los Estados parte podrá imponer a un inversionista extranjero compromiso alguno en relación con las condiciones de funcionamiento empresarial, mismas que están precisadas en el propio acuerdo. De esta suerte, queda prohibido imponer requisitos de exportación, de sustitución de importaciones, de contenido nacional, de transferencia de tecnología, de compensación de importaciones en función de ingresos de divisas, de exclusividad en el suministro de bienes para un mercado específico, y otros condicionamientos de índole semejante.

*Nacionalidad de los directivos.* Se consagra el compromiso de no obligar a que los altos directivos de la empresa extranjera posean una determinada nacionalidad.

*Transferencia de recursos.* Existe la obligación de permitir el libre flujo de recursos financieros.

*Expropiación y compensación.* Los Estados parte en el TLC no podrán nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de otra parte, salvo que sea por causa de utilidad pública, constituya una medida no discriminatoria y se efectúe con apego al principio de legalidad y mediante una indemnización. Los criterios para la compensación están detalladamente estipulados en el texto del TLC.

## V. LAS GARANTÍAS AL CAPITAL FORÁNEO

La reacción de otros Estados exportadores de capital que tienen una presencia económica importante en México ha sido la de solicitar al gobierno mexicano un régimen equivalente a aquel que se establece en el TLC en favor de Estados Unidos y Canadá. De esta suerte, el gobierno mexicano ha celebrado o se encuentra en proceso de concluir una serie de acuerdos bilaterales y multilaterales cuyo objetivo formal es la promoción y protección recíproca de inversiones. México ha suscrito dos tratados de esa naturaleza. El primero se firmó con España el 22 de junio de 1995. El otro tratado suscrito es con la Confederación Helvética, con fecha del 10 de julio de 1995, y que tiene como característica haber sido redactado “en los idiomas español, francés e inglés, siendo cada texto igualmente auténtico; en caso de cualquier divergencia en la interpretación la versión en idioma inglés prevalecerá”.<sup>3</sup>

El contenido de estos dos tratados bilaterales es muy semejante a la naturaleza de las disposiciones contenidas en el capítulo XI del TLC. Es cierto que se advierten algunas diferencias, las cuales vale la pena anotar. Una de ellas tiene que ver con la claridad y el buen uso del idioma. Es obvio que los textos de los tratados bilaterales y, en especial, el celebrado con el reino de España, han sido elaborados con una mayor transparencia jurídica, con una redacción más pulcra y con un mejor entendimiento de los alcances legales del tratado. Esas características están ausentes en el texto del TLC. La explicación seguramente obedece a los obstáculos que enfrentó la negociación del TLC, lo cual trajo por consecuencia un lenguaje ambiguo, confuso y repleto de anglicismos.

Los elementos novedosos en los dos tratados bilaterales, con relación al TLC, son los siguientes:

- La concesión de privilegios que un Estado parte otorgue a los inversionistas de un tercer Estado en virtud de su asociación en una zona de

<sup>3</sup> Los decretos por los que se aprueban los dos tratados aparecen en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 1995.

libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o una unión económica y monetaria, no se hará extensiva al otro. Esto parte.

- En el caso del tratado con España, no existe una cláusula específica que prohíba aplicar requisitos de desempeño.
- Se señala en el texto del acuerdo entre México y España que el “tribunal de arbitraje emitirá su dictamen sobre la base de respeto a la ley, a las normas contenidas en el presente acuerdo o en otros acuerdos vigentes entre las partes contratantes y sobre los principios universalmente reconocidos del derecho internacional”.

Con esta cláusula, parecería ampliarse el radio de acción del derecho aplicable por la corte arbitral, aunque quede impreciso el método que habrá de utilizar el tribunal para determinar cómo se dilucida cuando existe respeto a la ley y, cuestión ambigua, la definición de cuál es esa ley que habrá de aplicar el tribunal: ¿es la ley española?, ¿es la ley mexicana?

El periodo de vigencia de los tratados bilaterales es por diez años. En el caso del tratado con Suiza, después de diez años el acuerdo continuará vigente por un periodo indefinido, salvo si se notifica por escrito su terminación con doce meses de antelación. Aún así, aquellas inversiones efectuadas antes de la terminación del acuerdo continuarán amparadas por sus disposiciones durante un periodo de diez años posteriores a la fecha de terminación. El tratado con España indica que “permanecerá en vigor por un periodo inicial de diez años y se renovará, por tácita reconducción, por periodos consecutivos de dos años”. También este acuerdo habrá de seguir aplicándose, durante un periodo de diez años, a las inversiones efectuadas antes de la denuncia del tratado.

La cuestión más importante es que, tal como sucede en el caso del TLC, los dos tratados bilaterales celebrados con España y con Suiza contienen disposiciones para someter a arbitraje internacional las controversias que se susciten entre México y un inversionista español o suizo. Las causas que pueden dar origen al recurso arbitral, esto es, la posible violación de obligaciones enunciadas en el texto de estos acuerdos internacionales, son prácticamente idénticos en los tres instrumentos internacionales mencionados.

## VI. EL PRIMADO DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

Por múltiples razones, México ha sido un país renuente a aceptar una jurisdicción internacional como método para dirimir diferencias con terceros Estados o como fórmula para resolver controversias con ciudadanos privados. Ello tiene su razón de ser. Históricamente, la experiencia mexicana en tribu-

nales de arbitraje no ha sido positiva. Uno de los pocos éxitos ha sido el laudo arbitral favorable a México en el caso de *El Chamizal*, laudo que tardó medio siglo en ejecutarse y cumplirse. Los arbitrajes relacionados con el Fondo Píadoso de las Californias y con la isla de la Pasión (también llamada isla Clipperton) resultaron contrarios a México; en el caso de la isla de la Pasión, existen serias dudas sobre el fundamento jurídico de la decisión del árbitro italiano, el rey Víctor Emanuel II, en favor de Francia.<sup>4</sup> Por razones políticas perfectamente válidas, México ha aceptado con reservas la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Ello no obedece a un acto caprichoso; obedece a una sabiduría política mexicana que conoce las realidades del poder y que no ignora las consecuencias de comprometer asuntos que afectan el interés nacional a los arbitrios de las decisiones internacionales.

Depositarse en una instancia internacional, de tipo arbitral, la decisión en torno a la naturaleza del trato que habrá de recibir un inversionista extranjero por parte del Estado mexicano, no parecería ser la mejor opción. México cuenta con un orden jurídico propio que puede dar satisfacción plena a los compromisos contraídos en el TLC, incluyendo por supuesto aquellos comprendidos en el capítulo XI. Como se argumentará en las siguientes páginas, la jurisdicción nacional debe conservar un orden prioritario. Aplicar ese criterio evitaría, además, el otorgamiento de un régimen preferencial a quien tiene la calidad de extranjero. Es cierto que el inversionista mexicano tendrá ese mismo trato preferencial en Canadá, España, Estados Unidos o Suiza, aunque debe reconocerse que su capacidad real para aprovechar esa preferencia es remota, por ser insignificante o nula la inversión mexicana en esos países.

La primacía de las leyes y de los tribunales nacionales es una de las expresiones necesarias de la soberanía. Sin embargo, la cuestión ha sido un tema controvertido, al pretender los países exportadores de capital un régimen de excepción cuya consecuencia es sustraer del orden jurídico nacional a los intereses foráneos. Los abusos derivados de esta pretensión condujeron a generar una corriente política y legal tendiente a evitar que la prioridad jerárquica de la jurisdicción nacional se hiciese nugatoria. La respuesta de los países receptores de capital foráneo fue el establecimiento de la Doctrina Calvo, enunciada por el jurista argentino Carlos Calvo en 1870. Como un mecanismo en la defensa de sus competencias soberanas, los Estados latinoamericanos asimilaron a su sistema jurídico los fundamentos de esa doctrina, cuyo postulado esencial sirve para reafirmar la jurisdicción nacional y para evitar la

<sup>4</sup> Para un examen más amplio de estas cuestiones, véase Gómez Robledo, A., *México y el arbitraje internacional*, México, Porrúa, 1963; González Avelar, M., *Clipperton, isla mexicana*, México, FCE, 1992.

hipótesis de que los extranjeros habrán de recibir un trato distinto a los nacionales. La tesis de la Doctrina Calvo se encuentra incorporada en un buen número de constituciones latinoamericanas y un buen número de contratos contienen una estipulación, denominada Cláusula Calvo, mediante la cual los extranjeros se comprometen a no invocar la protección diplomática de su gobierno y a someterse a las leyes y a los tribunales del Estado huésped.

En el caso mexicano, la Constitución política promulgada en 1917, en la primera fracción de su artículo 27, señala que:

sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y los ciudadanos mexicanos tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto a dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

El texto constitucional ha producido una serie de efectos importantes en el transcurso de su aplicación histórica. Interesa poner de relieve una de las notas distintivas de esta norma constitucional: los extranjeros tendrán los mismos derechos que los mexicanos en la adquisición de un cierto tipo de bienes, a condición de no reclamar un régimen privilegiado, sujetándose, como sucede con los nacionales mexicanos, a las leyes y tribunales de México.

Todo individuo, sea nacional o extranjero, gozará de las garantías que otorga la Constitución, pero también habrá de cumplir con las obligaciones que emanen de ella, siendo una de ellas la obediencia a las leyes y el sometimiento a sus tribunales. La regla contenida en el artículo 27 constitucional, además de representar una reafirmación de las competencias soberanas del Estado, supone también la disponibilidad de la jurisdicción nacional para dirimir los conflictos que se susciten dentro de su territorio en relación con los asuntos regulados por esa norma. Ello conduce a recordar la existencia de un principio general de derecho, que se relaciona con el agotamiento de los recursos locales como instancia primordial para resolver las diferencias jurídicas que afecten a un extranjero.

## VII. LA REGLA DE ORO: AGOTAR LOS RECURSOS LOCALES

La regla que estipula el agotamiento de los recursos locales ha sufrido, en distintas etapas históricas, pruebas sobre su validez y vigencia. Pero, a pesar

de los intentos por cuestionarla, existe un consenso generalizado en la doctrina y en la jurisprudencia de que se trata de una norma consuetudinaria de derecho internacional,<sup>5</sup> en adición a ser una regla estipulada en tratados internacionales celebrados por México.<sup>6</sup>

En el ámbito de los tribunales internacionales, los resultados han sido favorables a la primacía de la jurisdicción nacional. Por ejemplo, en el decenio de los 20 se constituyeron comisiones de reclamaciones entre México y otros Estados, para determinar la responsabilidad mexicana para daños a extranjeros producidos, principalmente, como consecuencia de la Revolución de 1910. Existió, también, una comisión entre México y Estados Unidos para conocer las reclamaciones generales presentadas por los ciudadanos de cada país en contra del otro. Esta última comisión consideró el caso de la North American Dredging Co. La empresa reclamante celebró un contrato con el gobierno mexicano para dragar un puerto. El gobierno estadounidense solicitó una compensación por supuestos daños sufridos por la North American Dredging Co., derivados de infracciones cometidas por funcionarios mexicanos. Pero en el contrato se había estipulado que la empresa:

será considerada como mexicana en todo lo que se relacione, dentro de la República, con la ejecución de tal obra y con el cumplimiento de este contrato; sin que pueda alegar con respecto a los intereses o negocios relacionados con éste, ni tener otros derechos ni medios de hacerlos valer, que los que las leyes de la República conceden a los mexicanos, ni disfrutar de otros derechos que los establecidos en favor de los mexicanos...

A la luz de esta cláusula, la Comisión decidió desestimar la reclamación, señalando en su sentencia que, evidentemente, el propósito de ese artículo era "obligar al reclamante a quedar sometido a las leyes de México y a utilizar los recursos existentes bajo esas leyes". La decisión en el caso de la North American Dredging Co. sirvió como precedente para que otros casos fueran resueltos en favor de México al estipularse que, si no se han agotado los

<sup>5</sup> Para un amplio estudio sobre el tema, incluyendo el examen de la práctica reciente de los Estados y las decisiones de los tribunales internacionales, véase Amerasinghe, C. F., *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 1990.

<sup>6</sup> Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 1981) establece en su artículo 41, fracción c), que, para conocer un asunto, el comité deberá cerciorarse de "que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981) reitera el mismo principio para que una petición sea admitida por la comisión.

recursos domésticos, no resulta válido presentar una reclamación internacional.<sup>7</sup>

La jurisprudencia que reafirma el imperativo de agotar los recursos locales antes de pretender invocar otros medios internacionales de solución no se limita al ámbito latinoamericano. En efecto, la Corte Internacional de Justicia ha determinado que se trata de una regla consagrada en el cuerpo de normas reconocidas como costumbre internacional. De esta suerte, en una controversia entre Suiza y Estados Unidos en el denominado Caso Interhandel, la Corte Internacional de Justicia decidió en 1959 que:

La norma, estipulando que los recursos locales deben ser agotados antes de que se inicien procedimientos internacionales, es una norma del derecho consuetudinario internacional bien establecida; esa norma ha sido generalmente observada en casos en los cuales un Estado auspicia la causa de uno de sus nacionales que aduce que sus derechos han sido desestimados por otro Estado en violación del derecho internacional. Antes de que se pueda recurrir a un tribunal internacional en un caso como éste, se ha juzgado necesario que el Estado en donde se cometió la violación pueda tener la oportunidad de repararlo por sus propios medios, dentro del marco de referencia de su propio sistema legal interno.<sup>8</sup>

Por otra parte, una comisión de arbitraje establecido para dirimir una controversia entre Grecia y el Reino Unido, en el denominado Caso Ambatielos, reafirmó esa misma tesis en 1956.

La regla del agotamiento de los recursos locales significa que el Estado en contra del cual se presenta una reclamación por daños sufridos por particulares tiene el derecho de resistir una reclamación de ese género si las personas que alegan haber sufrido un daño no han agotado, como primera cuestión, todos los remedios que estén a su disposición de conformidad del derecho nacional de ese Estado. El Estado acusado tiene el derecho de demandar el aprovechamiento pleno de todos los remedios locales antes de que los asuntos sujetos a controversia sean trasladados a un ámbito internacional por el Estado de la nacionalidad de las personas que alegan haber sufrido un daño.<sup>9</sup>

En la doctrina general del derecho, la norma del agotamiento de los recursos internos encuentra su razón de ser en el respeto de la soberanía y la jurisdic-

7 El texto de estas decisiones se encuentra en Feller, A. H., *The Mexican Claims Commissions (1923-1934). A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, N. York, MacMillan, 1935; Klaus Reprint, 1971 véase, en especial, el capítulo denominado "The Calvo Clause", pp. 185-200.

8 Citado en Whiteman, D., *Digest of International Law*, Washington, Department of State, 1971, vol. 8, p. 798.

9 Whiteman, *op. cit.*, p. 802.

ción del Estado que es competente para asumir sus propias responsabilidades y, en su caso, resarcir al extranjero agraviado. Como lo señala Eduardo Jiménez de Aréchaga:

de otra manera, el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existiría ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpondría de inmediato las influencias políticas del Estado de su nacionalidad al surgir la más leve dificultad con otro gobierno. Una prematura intervención diplomática de esta clase constituiría una afrenta a la independencia del soberano local y a la competencia de sus leyes y tribunales sobre todas las personas sometidas a su autoridad.<sup>10</sup>

Para reafirmar este principio, y de acuerdo con lo que señalan Jennings y Watts, no será posible formular válidamente una reclamación internacional hasta en tanto no exista una sentencia final por parte de la más alta autoridad competente dentro de un Estado. De esta suerte, para ser eficaz, el agotamiento de los recursos locales requiere que un extranjero no sólo tenga acceso a los remedios sustantivos que están a su disposición, sino que también deberá aprovechar las facilidades procesales que estén a su alcance, de conformidad con el derecho interno. Para Jennings y Watts, varias son las razones sobre las que descansa la regla del agotamiento de los recursos locales. Ellas comprenden, entre otras, las siguientes: un extranjero residente en un Estado debe acudir a los tribunales domésticos, antes de buscar el auxilio de su gobierno; un Estado debe tener la oportunidad de reparar, por sus propios medios y conforme a su propio sistema legal, cualquier daño que haya sufrido un extranjero, antes de ser llamado a cuentas en el ámbito internacional; en los casos en que una obligación internacional impone a un Estado alcanzar un cierto resultado, su incumplimiento definitivo y, por tanto, la violación de la obligación, no habrá de establecerse sino hasta que se ha acudido a los procedimientos para rectificar la falla original y el recurso ha fracasado; sólo cuando los recursos locales han sido agotados, la justicia podría haber sido denegada de manera definitiva; la naturaleza y el alcance del daño sufrido por un extranjero y, por consecuencia, el fundamento para una reclamación internacional, no podrá ser precisado sino hasta que se hayan agotado los recursos locales; a los tribunales locales corresponde conducir los procedimientos e investigaciones iniciales de la controversia, y deberá continuarse con ese mecanismo hasta la instancia judicial más elevada.<sup>11</sup> La regla que prescribe acudir

<sup>10</sup> Jiménez de Aréchaga, E., *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, p. 347.

<sup>11</sup> *Oppenheim's International Law*, 9a. ed., Londres, Longman, vol. I, p. 524. Edited by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts.



a las instancias domesticas para resolver controversias tiene como razón de ser la necesidad de permitir al Estado evitar una violación de sus obligaciones internacionales mediante una rectificación oportuna, lográndose con esa reparación que el Estado cumpla con sus responsabilidades.

Agotar los recursos locales significa poner a prueba la totalidad del sistema de defensa jurídica que el Estado ofrece a todo aquel que se sienta agraviado, sea este nacional o extranjero. Ello trae por consecuencia, en los términos de Jiménez de Aréchaga, que la regla exige que la reclamación se someta

no sólo a los tribunales regulares, sino también ante los órganos administrativos, y, en general, ante todas las autoridades internas que puedan proporcionar una reparación efectiva y suficiente sin diferencias entre recursos ordinarios y extraordinarios, exceptuando sólo aquellos remedios que constituyen medidas de gracia, y cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho. Si el extranjero no promueve esos procedimientos o no apela dentro de los términos legales después de inferido el daño, no se ha esmerado lo suficiente en obtener justicia en el Estado demandado y, por lo tanto, ha perdido la posibilidad de que su caso sea invocado ante un tribunal internacional y decidido por éste.<sup>12</sup>

Debe quedar claro que la suscripción de un tratado que establezca una instancia internacional de solución de disputas, o la firma de un acuerdo de arbitraje, no puede suponer, como consecuencia necesaria y automática, una renuncia tácita de parte del Estado al principio general del agotamiento de los recursos locales. Por ejemplo, un Estado que suscribe la cláusula opcional del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, obligándose a aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte, no está por ese sólo hecho repudiando la regla de que los extranjeros deban someterse en primera instancia al sistema legal del Estado en donde actúan. De la misma manera, una convención bilateral o multilateral que estipule el arbitraje como medio para dirimir disputas en materia de inversión entre un Estado y nacionales de otros Estados no precluye que, como cuestión prioritaria, un Estado parte establezca el agotamiento de recursos administrativos o judiciales locales como condición previa y necesaria para otorgar su consentimiento al arbitraje. Es cierto, sin embargo, que estos principios dejarán de estar vigentes si un Estado renuncia, en un instrumento jurídico internacional, al imperativo de agotar los recursos domésticos. Pero la cuestión es determinar si con una derogación de esa naturaleza ese Estado satisface mejor sus intereses nacionales. Renunciar a un

12 Jiménez de Aréchaga. E., *op. cit.*, p. 349.

derecho de esa importancia supondría obtener, a cambio, un beneficio político extraordinario.

También es preciso definir la naturaleza y los alcances de la responsabilidad internacional de un Estado, midiendo el carácter del incumplimiento de sus obligaciones. La simple violación de un contrato celebrado entre un Estado y un ciudadano extranjero debe ser considerada como una infracción al derecho interno y no como un incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado. Desde esta perspectiva, es necesario distinguir entre las obligaciones contractuales de un Estado y sus obligaciones internacionales. Si un Estado se encuentra incapacitado o imposibilitado para dar satisfacción a una obligación contractual, ello no puede ni debe tener como consecuencia automática una reclamación internacional, si ese Estado pone a la disposición de la parte agraviada un conjunto de remedios jurídicos que lleven a rectificar el acto violatorio original o a reparar las consecuencias de ese acto.

#### VIII. LA REIVINDICACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

La suscripción del TLC y de los acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones ha impuesto una camisa de fuerza a la jurisdicción nacional. En el breve lapso que ha transcurrido desde que se concluyeron esos instrumentos jurídicos, aún no se pone a prueba el posible sometimiento del Estado mexicano al arbitraje internacional, mediante la acción de un inversionista extranjero que reclame la violación de los convenios por no haber recibido el tratamiento que estipulan los acuerdos. Pero el riesgo existe. Corresponderá a las autoridades mexicanas hacer uso de todos los recursos legítimamente disponibles para encauzar las controversias que se presenten hacia su ámbito natural y primario de resolución, esto es, el orden jurídico mexicano.

Dos argumentos deben ser tomados en consideración al examinar las nuevas reglas del juego. El primero tiene que ver con el trato discriminatorio que, como consecuencia de la suscripción de esos acuerdos —TLC y tratados bilaterales—, habrá de afectar a los nacionales mexicanos. Ello es así porque los nacionales mexicanos no son titulares de una competencia para dirimir posibles controversias en materia de inversión con autoridades mexicanas por la vía del arbitraje internacional. Ello supone otorgar un trato privilegiado al inversionista extranjero (canadiense, español, estadounidense, suizo), quien sí tiene la facultad de someter al arbitraje una reclamación en contra del Estado mexicano. De esta suerte, se viola el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros.

El segundo argumento tiene que ver con la derogación del orden jurídico mexicano. En efecto, con ese tipo de acuerdos de protección a la inversión extranjera se elimina la obligación de todo individuo, cualquiera que sea su nacionalidad, de respetar y acatar el sistema legal vigente en este país y, por ende, de someterse a las leyes y a los procedimientos judiciales previstos en el derecho mexicano, al sustraerse de esa regulación la competencia para dirimir cierto tipo de controversias relacionadas con el trato al capital foráneo. La regla general debe ser el de la resolución de todas las controversias por los tribunales de México, para que nacionales y extranjeros gocen de las garantías que otorga la Constitución, pero para que también se sujeten a las obligaciones que emanan de ella. Conceder un régimen preferencial al inversionista extranjero, sustrayéndolo de la jurisdicción nacional para que resuelva sus diferencias con el Estado mexicano por la vía del arbitraje internacional, significa restar vigencia al orden jurídico de este país o, peor aún, derogarlo en beneficio de inversionistas extranjeros. El respeto y la aplicación del sistema legal establecido por el Estado mexicano es uno de los elementos constitutivos de la soberanía, reconocido por el derecho internacional. El imperio de ese orden jurídico supone por necesidad el agotamiento de los recursos que la justicia mexicana otorga a todo individuo antes de que se pretenda acudir a otras instancias, sometiendo la disputa al arbitraje internacional.

La celebración de acuerdos de protección a las inversiones extranjeras parecería tener como propósito atraer capital foráneo. Sin embargo, la experiencia indica que el simple otorgamiento de garantías no ha representado históricamente un atractivo suficiente y, en cambio, puede resultar políticamente contraproducente. Lo que realmente induce a la inversión extranjera a instalarse en un país tiene que ver con la estabilidad política en la nación huésped, con la existencia de un Estado de derecho, con las condiciones económicas generales del país anfitrión, con su régimen fiscal, con las regulaciones laborales, con la infraestructura de comunicaciones y transportes, con la alta rentabilidad que pueda producir la inversión, con la libre transferencia de flujos financieros, en fin, con lo que se ha denominado clima de inversión. Si todos esos factores son favorables, el capital extranjero se instalará en México, independientemente de los acuerdos que se suscriban para garantizar su protección contra riesgos intangibles.

Si mediante el recurso al arbitraje internacional se protege de riesgos políticos o económicos a los extranjeros, los nacionales mexicanos habrán de quedar en un plano de inferioridad, cuestión a todas luces inequitativa y violatoria de los preceptos constitucionales. La tradición de la política exterior mexicana conduce a cuestionar un sistema de capitulaciones que, además de

representar un régimen de excepción en detrimento de los nacionales mexicanos, no habrá de acarrear, por sus propios méritos, beneficio alguno para México, ya que por sí mismo no es imán adicional para un mayor flujo de inversión extranjera hacia nuestro país.

La reivindicación del orden jurídico mexicano, sin cláusulas de exclusión para el ejercicio de su competencia, como las prescritas en los instrumentos internacionales mencionados —TLC y acuerdos bilaterales con España y Suiza— debe ser un objetivo del gobierno de la República. Una solución puede basarse en la negociación con el reclamante potencial, tratando de persuadir por todos los medios legítimos al inversionista extranjero, en aquellos casos en que pretenda recurrir al arbitraje internacional mediante una acción legal en contra del Estado mexicano, de que es necesario acudir primero a los tribunales nacionales, agotando todas las instancias que proporcionan los recursos locales. Sin embargo, esta solución descansa en la buena voluntad de una de las partes, y puede ser insuficiente en aquellas circunstancias en que se pongan en juego intereses políticos y económicos de esos inversionistas extranjeros o de los Estados respectivos.

Un mejor remedio, con efectos legales vinculatorios, sería la introducción de una reserva por parte de México al TLC y de una declaración interpretativa a los dos tratados bilaterales ya suscritos. Esa salvaguarda podría ser negociada con los Estados interesados, esto es, Canadá y Estados Unidos, y España y Suiza. Por otra parte, también es posible optar por una declaración unilateral, delimitando el alcance de la obligación mexicana.

Un antecedente importante, que condiciona la jurisdicción automática de un tribunal foráneo en posibles controversias en las cuales México sea parte, se encuentra en la reserva formulada por el gobierno mexicano en 1947, circunscribiendo la competencia de la Corte Internacional de Justicia de la ONU. El texto de esa reserva indica:

La Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que le concede la fracción I del artículo 76 de la Constitución Federal decreta:

Artículo único. El Ejecutivo de la Unión, por los conductos debidos, hará al Secretario General de las Naciones Unidas la siguiente declaración:

Para cualquier controversia de orden jurídico que pudiera suscitarse, en lo futuro, entre los Estados Unidos Mexicanos, y algún otro país, por hechos posteriores a la presente declaración, el Gobierno de México reconoce como obligatoria "ipso facto", y sin necesidad de convenio especial, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el artículo 36, párrafo 2 del Estatuto de la misma, respecto a cualquier otro Estado que acepte igual obliga-

ción, es decir, a base de estricta reciprocidad. Esta declaración, que no es aplicable a aquellas controversias emanadas de asuntos que, en opinión del Gobierno de México, sean de la jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos, surtirá sus efectos por un periodo de cinco años, a partir del 1° de marzo de 1947 y de allí en adelante continuará en vigor hasta seis meses después de la fecha en que el Gobierno de México notifique que la ha derogado.<sup>13</sup>

Como puede advertirse, no existirá una jurisdicción obligatoria por parte de la Corte Internacional de Justicia en aquellos casos en que el gobierno de México decida considerar, a su libre albedrío, que una controversia constituye un asunto interno que no debe dirimirse ante instancias judiciales internacionales. Esa salvaguarda tiene su razón de ser. Se origina en una reserva equivalente, establecida previamente por el gobierno de Estados Unidos al suscribir el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; en su oportunidad, el gobierno mexicano decidió que era necesario proteger los intereses nacionales, definiendo la debida reciprocidad con una potencial contraparte en la Corte de La Haya.<sup>14</sup>

La reserva que introduciría México al TLC y la declaración interpretativa a los dos tratados bilaterales se limitaría a estipular que las controversias que se susciten en la aplicación del capítulo XI del TLC o disposiciones equivalentes en los dos tratados bilaterales, deberán ser resueltas acudiendo en una primera instancia a los tribunales y procedimientos nacionales. Una vez agotados esos recursos legales, si existe una denegación de justicia, violándose el debido proceso legal, entonces entrará en operación el mecanismo del arbitraje internacional establecido en ese capítulo XI del TLC o disposición equivalente en los dos tratados bilaterales.

El argumento legal que funda y explica la conveniencia de introducir esta reserva se encuentra en el texto constitucional. En efecto, el artículo 133 señala que “esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de

13 “Decreto que dispone que el Ejecutivo de la Unión haga al Secretario General de las Naciones Unidas la declaración que se indica, reconociendo la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en las controversias que señala”. *Diario Oficial de la Federación*, 23 de octubre de 1947. Conviene anotar que Estados Unidos, aun antes de que lo hiciera México, formuló una reserva semejante. En efecto, al aceptar la jurisdicción de la Corte, el gobierno estadounidense declaró que esa jurisdicción no sería aplicable en el caso de “disputas con respecto a asuntos que están esencialmente dentro de la jurisdicción doméstica de los Estados Unidos de América, tal como lo determinen los Estados Unidos de América”. Esa declaración se depositó con el Secretario General de las Naciones Unidas el 26 de agosto de 1946. El texto completo de la declaración puede ser consultado en Whiteman, M., *Digest of International Law*. Washington, Department of State, 1971, vol. 12, pp. 1304 y 1305.

14 Para un estudio que aboga en favor de eliminar esta reserva mexicana, véase Bernal, C., “Hacia un mayor fortalecimiento de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, verano 1995, núm. 47, pp. 47-63.

ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebradas y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. La cuestión es dilucidar si el capítulo XI del TLC y las disposiciones similares de los otros dos tratados se ajustan a lo establecido en el artículo 27 constitucional, el cual estipula que el Estado podrá conceder el derecho para adquirir el dominio de ciertos bienes a los extranjeros, siempre y cuando convengan en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos en lo que hace a esos bienes. Una interpretación de estas normas lleva a concluir que, en el sistema jurídico mexicano existe, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias establecidas en el artículo 27 de la Constitución, una equiparación de derechos y deberes para nacionales y extranjeros. Lo que resulta legalmente incompatible es otorgar derechos al extranjero que no se conceden al nacional, como sucede con el capítulo XI del TLC. Es ahí donde surge el conflicto jurídico entre ese capítulo del TLC y el del texto constitucional.

Por otra parte, el artículo 13 de la Constitución indica que “nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero...” Crear una instancia de solución de controversias que sólo beneficia a quien tiene la calidad de extranjero tiene que juzgarse como contrario a la letra y al espíritu de esa disposición. También conviene recordar lo dispuesto en el artículo 32 constitucional: “los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones...” Esta preferencia en favor de los mexicanos no es compatible con lo estipulado en el capítulo XI del TLC.

La armonía entre las obligaciones internacionales y los deberes constitucionales es un imperativo jurídico y político. Por ello, es preciso asegurar que el TLC y los dos tratados bilaterales estén de acuerdo con la Constitución, sin que exista, en términos legales, ninguna duda razonable. La mejor fórmula para despejar interpretaciones encontradas será agregar una reserva mexicana a los tres tratados en vigor, sea por la vía negociada, sea por la vía de la declaración unilateral, reivindicando la jurisdicción del orden jurídico mexicano y evitando así, en beneficio de todas las partes interesadas, una cadena de complicaciones innecesarias.