

## TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD: ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN\*

José Ma. SERNA DE LA GARZA\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La literatura crítica en relación con el impacto constitucional de los tratados bilaterales de inversión*. III. *El debate mexicano sobre el Capítulo 11 del TLCAN*. IV. *La Corte Constitucional de Colombia ante los tribunales bilaterales de inversión: el caso C-358/96*. V. *El caso Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos*. VI. *Crítica al laudo en el caso Metalclad vs. México y reflexión final*.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años diversos autores han identificado el surgimiento de regímenes normativos internacionales que parecen desafiar el constitucionalismo centrado en el Estado, así como la noción de que los *modos de gobierno constitucional* son exclusivos de los Estados. De esta manera, por ejemplo, Walker ha examinado el desarrollo, más allá del Estado, de ciertos niveles e instancias con capacidad de toma de decisiones, así como de ciertos tipos de instituciones y prácticas transnacionales con capacidad regulatoria, que están normalmente asociados a la oferta de “gobernanza constitucional”.<sup>1</sup> Con ello, se refiere a organizaciones regionales como la Unión Europea o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), o bien a orga-

---

\* El presente ensayo se basa en una reflexión más amplia, que puede encontrarse en mi libro *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012 (específicamente en el Capítulo Sexto).

\*\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Las capacidades de estos regímenes (normas e instituciones) van desde el surgimiento de cartas de derechos y regímenes fuertes de revisión judicial, a la elaboración de *checks and balances* inter-institucionales y el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas. Walker, Neil, “Taking Constitutionalism Beyond the State”, *Political Studies*, vol. 56, 2008, p. 519.

nizaciones funcionales como la OMC y la *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* (ICANN), así como a instituciones globales dentro del marco de las Naciones Unidas.<sup>2</sup> Asimismo, estudia Walker la tendencia creciente de estas instancias post-estatales con capacidad de generar políticas, y de las instituciones y prácticas de regulación vinculadas a ellas, a ser conceptualizadas en términos constitucionales explícitos, así como el crecimiento en la “imaginación” constitucional de instituciones regulatorias post-estatales.<sup>3</sup>

Sobre la base de estas premisas, y si pensamos en México y el TLCAN, bien podemos preguntarnos: ¿en qué medida pueden las decisiones de los tribunales arbitrales de dicho tratado influir en la definición de los significados contenidos en la Constitución mexicana? La pregunta ha sido planteada por Schneiderman para el caso canadiense. Para este autor, el texto del TLCAN en materia de propiedad y las decisiones de los tribunales arbitrales en esta materia, se han basado en la doctrina constitucional estadounidense referida a la expropiación (*takings*). Asimismo, sugiere este autor que en la medida en que con el tiempo los tribunales arbitrales del TLCAN vayan desarrollando un cuerpo de doctrina referido al derecho de propiedad y al poder expropiatorio de los Estados parte del tratado (él piensa específicamente en Canadá) puede generarse un cambio en la cultura constitucional doméstica que se acerque a los criterios que en esa materia existen en los EE. UU. (y más inspirados en una filosofía de gobierno limitado).<sup>4</sup> Al parecer, podríamos estar ante un ejemplo de lo que de Sousa Santos ha llamado “localismo globalizado”: normas locales que han alcanzado (o pueden llegar a alcanzar) un ámbito global.<sup>5</sup>

En otras palabras, Schneiderman se pregunta si acaso tanto el régimen de protección de inversiones del TLCAN, como los criterios que han definido los respectivos tribunales arbitrales, son manifestación del inicio en un cambio de la cultura constitucional en una dirección más favorable al libre mercado, y menos a la intervención del Estado en la economía.<sup>6</sup>

En el presente ensayo nos proponemos discutir estas preguntas y sus posibles respuestas para el caso mexicano. Para ello, en primer lugar examinamos la literatura crítica en relación con el impacto constitucional de los

---

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 519 y 520.

<sup>4</sup> Schneiderman, David, “Property rights and regulatory innovation: Comparing constitutional cultures”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, abril 2006, pp. 371-391.

<sup>5</sup> Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Common Sense*, Routledge, New York-London, 1995.

<sup>6</sup> Schneiderman, David, “Banging Constitutional Bibles: Observing Constitutional Culture in Transition”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 55, núm. 3, verano 2005, pp. 834 y 835.

tratados bilaterales de inversión (II); en segundo lugar, nos aproximamos al debate mexicano sobre el Capítulo 11 del TLCAN, que es el que se refiere a los mecanismos de protección de inversiones (III); posteriormente, y como un referente de derecho comparado, estudiamos la decisión de la Corte Constitucional de Colombia en el caso C-358/96 (vinculado al tema del tratado bilateral de inversión suscrito entre Colombia y el Reino Unido) (IV); para después referirnos al caso *Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos* (V); finalmente desarrollamos una evaluación crítica sobre el laudo en el caso *Metalclad vs. México* para terminar el ensayo con una reflexión final (VI).

## II. LA LITERATURA CRÍTICA EN RELACIÓN CON EL IMPACTO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

El Capítulo 11 del TLCAN contiene normas relativas a la protección de la inversión extranjera en el área cubierta por el tratado.<sup>7</sup> Sus objetivos son el establecimiento de un ambiente de inversión seguro con reglas claras que garanticen un trato justo y equitativo al inversionista extranjero; la remoción de barreras a la inversión, con la eliminación o reducción de restricciones, y la creación de medios eficaces para la resolución de disputas entre los inversionistas y los gobiernos de los Estados receptores de la inversión.<sup>8</sup>

En esencia, en dicho capítulo están previstas una serie de disposiciones sobre:

A. Trato nacional (artículo 1102). Implica que cada una de las partes otorgue a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.

B. Trato de nación más favorecida (artículo 1103). En virtud del cual cada una de las Partes se obliga a otorgar a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte.

C. Nivel de trato (artículo 1104). Según el cual cada una de las partes debe otorgar a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra parte el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 y 1103.

---

<sup>7</sup> Como todos los tratados bilaterales de inversión, el Capítulo XI del TLCAN incluye normas sobre: *a)* definición de inversión extranjera; *b)* admisión de inversiones; *c)* estándares nacionales; *d)* nación más favorecida; *e)* tratamiento justo y equitativo; *f)* compensación por expropiación, y *g)* resolución de disputas.

<sup>8</sup> Strazzeri, Joseph A., "A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations Under NAFTA Chapter Eleven", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, verano 2002, p. 839.

D. Nivel mínimo de trato (artículo 1105). El cual exige que cada una de las partes otorgue a las inversiones de los inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

E. Requisitos de desempeño (artículo 1106). Por el cual ninguna de las partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de una serie de requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una parte o de un país no parte en su territorio para, por ejemplo, exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos, entre otras.

F. Altos ejecutivos y consejos de administración (artículo 1107). En virtud del cual ninguna de las partes podrá exigir que una empresa de esa parte, que sea una inversión de un inversionista de otra parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.

G. Transferencias (artículo 1109). Por el que cada una de las partes se obliga a permitir que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las partes en territorio de la parte, se hagan libremente y sin demora.

H. Expropiación y compensación (artículo 1110). Que establecen el derecho de los inversionistas extranjeros de exigir compensación en caso de expropiación por parte del Estado anfitrión, creando un derecho de acción para el inversionista, ejecutable vía arbitraje, contra el acto de expropiación realizado por el Estado, en los términos del artículo 1110 del TLCAN:

#### Artículo 1110. Expropiación y compensación

1. Ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

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

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún

cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, “Propiedad intelectual”.

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.<sup>9</sup>

Resulta importante resaltar que este artículo contempla tanto la “expropiación directa” (que es consecuencia de cualquier medida que priva al inversionista de los títulos de propiedad y sus derechos inherentes); como la “expropiación indirecta”, que es más difícil de definir, y que generalmente

---

<sup>9</sup> Según Daly, los criterios que han de guiar la indemnización por expropiación (“valor de mercado”, “sin demora”, “completamente liquidable”, “transferible”), contenidos en el artículo 110 del TLCAN corresponden a los de la llamada fórmula Hull (quien fuera Secretario de Estado de los EE. UU.), elaborada en el contexto de la polémica entre los gobiernos de México y EE. UU. a partir de las expropiaciones agrarias y petrolera de los años treinta del siglo pasado. Daly, Justine, “Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA”, *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994, p. 1192.

deriva de medidas de regulación expedidas por el gobierno, que limitan el uso y disfrute de los bienes, o afectan negativamente su valor y capacidad para generar un beneficio económico para el propietario.<sup>10</sup> Asimismo, el Capítulo 11 requiere que las disputas sean decididas de acuerdo con el derecho internacional,<sup>11</sup> según lo establece el artículo 1131 del TLCAN:

Artículo 1131. Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

Las reglas del Capítulo 11 del TLCAN corresponden a las que son común denominador en los tratados bilaterales de inversión, los cuales comenzaron a surgir desde finales de los años sesenta, pero que han tenido un gran crecimiento en la década de los noventa del siglo pasado. Como apuntan van Harten y Loughlin, desde estos años los Estados han ido aceptado entrar en un régimen internacional en que a los inversionistas extranjeros (léase, principalmente, empresas multinacionales) se les otorga la capacidad de presentar y ejecutar demandas internacionales contra los Estados en disputas que derivan de la regulación estatal de sus propiedades e inversiones.<sup>12</sup>

Cabe señalar que dichos tratados tienen ciertas características que los hacen poco usuales. Por ejemplo, las demandas pueden ser presentadas por los inversionistas extranjeros en lo individual, en disputas que surgen a partir del ejercicio de la autoridad pública por parte de un Estado; asimismo, dichas demandas no están sujetas a las limitaciones acostumbradas que se aplican a las demandas individuales en otros tipos de tratados (por ejemplo, el deber de agotar los recursos domésticos o la tradicional inmunidad soberana de los Estados). Además, en los tratados de inversiones, los inversionistas pueden

---

<sup>10</sup> “El gobierno puede regular el uso de la propiedad privada con base en su poder de policía con el propósito de proteger la salud pública, seguridad, o bienestar, pero en cierto punto estas regulaciones pueden convertirse en una expropiación que requiera compensación. Decidir cómo definir esta línea y dónde ponerla ha sido fuente de muchas deliberaciones judiciales, pero el tema no ha sido decidido definitivamente.” Strazzeri, *op. cit.*, p. 850.

<sup>11</sup> Puede afirmarse que el derecho internacional reconoce que la propiedad de extranjeros solamente puede ser expropiada legítimamente si la justifica una razón de utilidad pública, si no es discriminatoria y si va acompañada de una compensación adecuada. Sin embargo, el derecho internacional no ha producido criterios claros acerca de cuándo estamos ante una “expropiación indirecta” (compensable) y una regulación legítima (no compensable). Véase *ibidem*, pp. 843 y 844.

<sup>12</sup> Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 122 y 123.

presentar directamente su demanda por daños para obtener una compensación así como una sanción al Estado demandado, bajo el argumento de que el ejercicio de autoridad pública fue contrario a derecho; finalmente, y en razón de que los tratados de inversiones incorporan el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, los inversionistas pueden buscar directamente la ejecución de laudos de los tribunales de arbitraje ante los tribunales domésticos de un gran número de países, con limitada supervisión judicial de los propios tribunales domésticos.<sup>13</sup>

Los referidos autores sostienen que el efecto combinado de estos elementos, es sujetar la conducta regulatoria de los Estados a control, por medio de una adjudicación internacional obligatoria, en un grado no usual. Y es por ese potencial que estos mecanismos ejercen una influencia disciplinaria en los programas administrativos domésticos. Son un medio —sostienen— para revisar y controlar el ejercicio de la autoridad pública en el Estado, análogo a la revisión judicial doméstica a manera de un mecanismo autónomo, internacionalmente organizado que se intersecta en formas críticas con los sistemas domésticos, y que se configura en un método importante a disposición de los inversionistas extranjeros para resistir la regulación estatal y buscar compensación por los costos que surgen del ejercicio de la autoridad pública.<sup>14</sup>

Ahora bien, Cremades y Cairns han observado que hasta la década de los noventa del siglo pasado, los tratados de inversión no habían llamado mucho la atención de las ONG. Sin embargo, esto cambió con el debate sobre el TLCAN, el cual atrajo la oposición de grupos ecologistas que temían que el libre comercio llevaría a transferir empresas a México para evitar los controles ambientales canadienses y estadounidenses. Al decir de estos autores, la oposición de las ONG se incrementó cuando, correcta o incorrectamente, se empezó a creer que los inversionistas podrían usar las disposiciones de resolución de disputas para derribar medidas de protección ecológica. Esta discusión llegó a un punto álgido en 1997, cuando la empresa estadounidense Ethyl Corporation demandó al gobierno canadiense bajo el Capítulo 11 del TLCAN, argumentando que una regulación que prohibía un aditivo a la gasolina violaba el trato nacional y las disposiciones anti-expropiación. En este caso, el gobierno de Canadá retiró la regulación y llegó a un arreglo con la parte actora. Pero desde entonces hay gran sospecha del potencial del TLCAN de debilitar las medidas de protección ambiental.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 123 y 124.

<sup>15</sup> Cremades, Bernardo y Cairns, David, “The Brave New World of Global Arbitration”, *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 2, abril de 2002, p. 179.

Un elemento muy importante por destacar, es que en los tratados bilaterales de inversión se incorpora el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, el cual tradicionalmente se ha visto como un método privado de adjudicación, sujeto a las preferencias de las partes en disputa, permitiéndoles usar reglas de adjudicación sobre temas de confidencialidad de los procedimientos o las actividades profesionales de los árbitros (aspectos que son muy importantes en el sistema de tribunales “públicos”).<sup>16</sup>

No es este el lugar para profundizar en la manera en que funciona este sistema. Nos limitaremos a señalar que el Capítulo 11 del TLCAN, se refiere para propósitos de ejecución a la Convención de ICSID<sup>17</sup> y a la Convención de Nueva York.<sup>18</sup> La cuestión de qué estructura de ejecución se aplica para ejecutar un laudo bajo el Capítulo 11 depende de las reglas de arbitraje bajo las que el inversionista interpone su demanda. Pueden hacerlo según las Reglas de ICSID (Centro Internacional del Banco Mundial para la solución de controversias sobre inversiones), o según el Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, o bien bajo las Reglamentos de la Comisión de las Naciones Unidas para las Leyes del Comercio Internacional (Reglamento UNCITRAL).<sup>19</sup>

Si el inversionista elige las Reglas de ICSID, el procedimiento de arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN es regido por la Convención de ICSID, la cual dispone que un laudo emitido en el marco de la Convención de ICSID tiene la fuerza de una sentencia definitiva de un tribunal de un Estado parte y no puede ser revisado por tribunales domésticos. Pero si el inversionista elige las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL, el arbitraje del Capítulo 11 se rige por las normas de la Convención de Nueva York, que establecen que un laudo ha de ser reconocido como vinculante por los Estados parte del tratado y que los tribunales domésticos solamente pueden revisarlos por un número limitado de razones. Por estos motivos, en buena medida, los laudos de los paneles de arbitraje en materia

---

<sup>16</sup> Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 125.

<sup>17</sup> En el marco de la Convención sobre Solución de Controversias de Inversión entre los Estados y los Nacionales de otros Estados (1965), se creó una institución afiliada al Banco Mundial denominada Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (ICSID) en Washington, D.C., cuya función principal es actuar como secretaría de arbitraje bajo los términos y procedimientos de la convención. Gantz, David, “Resolución de Controversias en materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN”, en AA. VV., *Prácticas desleales del comercio internacional*, México, UNAM, 1995, pp. 155 y 156.

<sup>18</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), 1958.

<sup>19</sup> Véase el artículo 1120 del TLCAN.



de inversiones están aislados de la revisión judicial doméstica<sup>20</sup> (de ahí su carácter de “semi-autónomos”, como diría Sorensen).<sup>21</sup>

Debemos mencionar, no obstante, que ni México ni Canadá son parte de ICSID, pero pueden escoger las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL cuando surgen disputas relativas a inversión extranjera, en términos del artículo 1122 del TLCAN.<sup>22</sup>

Como ya se ha dicho, un aspecto central de los tratados de inversión es que trasplantan el modelo de adjudicación privada de la esfera comercial, al ámbito del gobierno, y con ello dan a árbitros privadamente contratados la autoridad de hacer lo que son esencialmente decisiones de gobierno. Esto ocurre así porque los tratados de inversiones incorporan los tratados de arbitraje para dar un foro institucional y marco procesal al arbitraje de inversiones. Además, los tratados de inversiones también se basan en los tratados de arbitraje para la ejecución de los laudos arbitrales por parte de los tribunales domésticos. Estamos, en suma, ante un proceso en el que el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional que es la base para el uso de un modelo privado de adjudicación, fue extendido para resolver disputas regulatorias entre individuos y el Estado.<sup>23</sup> Lo anterior significa que el arbitraje de ICSID ha entrado en la esfera pública, incluyendo disputas regulatorias entre inversionistas y el Estado. Para van Harten y Loughlin, esta expansión en la esfera pública marca el nacimiento

---

<sup>20</sup> “In sum, investment treaties delegate adjudicative authority not only to international tribunals, but also to the courts of the seat of the arbitration and any prospective place of enforcement. Where an investment arbitration tribunal chooses the respondent state as the seat of the arbitration, the tribunal is subject to supervision by the courts of that state, subject to its domestic law. Where a foreign state is chosen as the seat of the arbitration, the arbitration is subject to supervision by foreign courts, subject to foreign domestic law. This means that the state parties to an investment treaty, by consenting to investment arbitration, have in effect delegated authority over the adjudication of regulatory disputes within their territory to the domestic courts of as many as 165 countries.” Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, pp. 134-137.

<sup>21</sup> Sorensen, Max, “Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, parte 3, julio de 1983, p. 562.

<sup>22</sup> TLCAN: “Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje.

1. Cada una de las partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este tratado.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:

a. el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;

b. el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y

c. el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo”.

<sup>23</sup> Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 126.

del arbitraje de inversiones como manifestación del derecho administrativo global.<sup>24</sup>

En el mismo sentido, Cremades y Cairns han señalado que el arbitraje comercial internacional es tradicionalmente una forma privada, si no es que confidencial, de resolución de disputas. De acuerdo con ello, solamente las partes del acuerdo de arbitraje tienen derecho a participar, los árbitros aplican el derecho aplicable y usos comerciales y no necesitan involucrarse con tópicos más amplios de política pública (excepto en raros casos, tales como corrupción) y la ejecución del laudo afecta sólo a las partes del arbitraje:

Sin embargo, el moderno procedimiento de arbitraje inversionista-Estado no es compatible con este modelo de arbitraje. El arbitraje inversionista-Estado ha forzado ya la adaptación del concepto de acuerdo arbitral, como se ha referido arriba, y otras adaptaciones pueden esperarse, particularmente a la luz de la crítica hostil de las ONG y grupos anti-globalización atraídas por algunos arbitrajes inversionista-Estado de alto perfil... El mero hecho de que un arbitraje inversionista-Estado involucra a un Estado parte significa que hace surgir tópicos públicos y no meramente privados. El potencial de un mecanismo de arbitraje inversionista-Estado de traer a la luz un conflicto entre las obligaciones de libre comercio del Estado y objetivos de política social en competencia complica la tarea de un tribunal arbitral.<sup>25</sup>

El modelo privado de adjudicación de disputas en las que por definición hay un elemento público relevante (al ser el Estado una de las partes), ha

---

<sup>24</sup> Van Harten y Loughlin reconocen que existen similitudes entre el arbitraje privado y el arbitraje de inversiones. Ambos implican una demanda de un actor privado ante un tribunal de árbitros contratado privadamente, los procedimientos son reglas originadas en el arbitraje privado y el remedio general es compensación económica por daños. Sin embargo, observan que hay entre ambos diferencias importantes: el arbitraje comercial se origina en un acuerdo entre partes privadas en el sentido de arbitrar disputas entre ellos de una manera particular, y su autoridad deriva de su autonomía como individuos para arreglar sus asuntos privados. El arbitraje de inversiones, en cambio, se origina en la autoridad del Estado de usar la adjudicación para resolver disputas que surjan del ejercicio de la autoridad pública, y es constituido por un acto soberano del Estado, y no por un acto privado del Estado, y esto hace del arbitraje de inversión más análogo a la revisión judicial doméstica de la conducta regulatoria del estado. Así —afirman los autores— con la autorización que el Estado respectivo hace del referido mecanismo, este especial método de toma de decisión es incorporado en el aparato de gobierno del estado: “By exercising their adjudicative authority, arbitrators decide whether and how public authority may be used to restrict capital transfers, establish standards, control land use, establish product standards, deliver services, regulate technology use, and so on.” *Ibidem*, pp. 127, 140-146.

<sup>25</sup> Cremades, Bernardo y Cairns, David, “The Brave New World of Global Arbitration”, *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 2, abril de 2002, p. 193.

generado tensiones de diverso tipo. Un tema relevante es la designación de los árbitros privados, que no son miembros de una judicatura, sino son abogados practicantes o académicos, que compiten por las designaciones en un mercado de servicios de adjudicación. A diferencia de los jueces, los árbitros tienen un interés comercial de proveer un servicio eficaz y económicamente valuable a sus clientes, y no hay garantías de independencia y de imparcialidad. Incluso no es raro que en un caso una persona sea de un panel y en otro un abogado de una parte.<sup>26</sup>

Cremades y Cairns observan, por su parte, un notable desequilibrio entre los inversionistas y los Estados, en los derechos establecidos por los tratados, ya que hay muy limitados derechos para los Estados contra los inversionistas extranjeros, en particular, no hay derecho del Estado al arbitraje. Pero sí está obligado a entrar en el arbitraje si el inversionista lo requiere. En general, en relación con los tribunales arbitrales de inversión se invocan objeciones de pérdida de soberanía, falta de rendición de cuentas y transparencia (la secrecía del arbitraje crea sospechas en casos controvertidos) y de la subversión de políticas públicas por los tribunales arbitrales, especialmente en materia de política ambientalista de instituciones democráticamente elegidas.<sup>27</sup>

David Schneiderman tiene una visión muy crítica de los regímenes jurídicos globales en materia de comercio e inversión. Según este autor los regímenes jurídicos asociados con la globalización económica:

...están interesados en sujetar a los estados, a través del derecho económico internacional, al campo más reducido de posibilidades políticas. Esta economía política de la certeza está siendo asegurada, en parte, vía el establecimiento de un régimen transnacional para la protección y promoción de la inversión extranjera.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Van Harten y Loughlin hablan incluso de un sesgo en el mecanismo, contrario a los Estados: “the greater the utility of investment arbitration to investors, the greater the number of claims will be filed, the greater the demand for arbitrators”. Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 148.

<sup>27</sup> Estos son retos que la comunidad del arbitraje internacional en materia de inversiones debe enfrentar. De hecho, señalan estos autores que por ello precisamente es que la Declaración Ministerial de la Reunión de OMC en Doha, Qatar, determinó que el arbitraje internacional no debía aparecer como debilitando el derecho de los Estados de regular en el interés público. Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 189, 193 y 197.

<sup>28</sup> Schneiderman, David, “Investment Rules and The Rule of Law”, *Constellations*, vol. 8, núm. 4, 2001, p. 521.

Más aún, Schneiderman sostiene que la intención de ese régimen es proteger la inversión extranjera en el futuro, al sujetar a los países a marcos regulatorios predecibles, así como debilitar o paralizar ciertos procesos políticos, imponiendo la disciplina de *rule of law* en la regulación estatal del mercado, lo cual tiene el efecto de aislar aspectos clave de la vida económica de las presiones de la política mayoritaria.<sup>29</sup>

Schneiderman llega a proponer la idea de que las reglas sobre inversiones extranjeras pueden asemejarse a una nueva forma de constitucionalismo.<sup>30</sup> Es un constitucionalismo preocupado por poner límites al Estado —inhibir posibilidades para la acción política— estableciendo límites vinculantes, en la forma de principios generales, sobre la habilidad del Estado de intervenir en el mercado. Esas reglas operan tanto externamente al Estado —como regímenes jurídicos independientes que disciplinan la acción del Estado— e internamente, por medio de la agencia de la reforma constitucional y con frecuencia la revisión judicial. De esta forma, las reglas de no discriminación, nación más favorecida, trato igual y equitativo, y sobre expropiación, “capturan” los cambios regulatorios que “van demasiado lejos”. La premisa subyacente es que puede esperarse que los gobiernos desempeñen solamente funciones regulatorias mínimas, todas las cuales están ineludiblemente subordinadas al mercado “privado”.<sup>31</sup>

En particular, Schneiderman ve en la expansión de lo que constituye expropiación, en virtud de las definiciones contenidas en el artículo 1110 del TLCAN, un instrumento que puede tener el efecto de limitar la gama de opciones de regulación y política social disponible para los gobiernos.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 522.

<sup>30</sup> En otros estudios, Schneiderman ha sostenido que la red de reglas sobre inversiones, identificable en los niveles transnacional, regional y bilateral, exhibe algunas características de las Constituciones domésticas: son una forma de *pre-commitment strategy* que vincula a generaciones futuras de ciudadanos a ciertas y determinadas formas institucionales por medio de la cual la política es practicada. Además, estas reglas económicas, como las constituciones, son difíciles de reformar, incluyen mecanismos de ejecución vinculantes y revisión judicial, y a veces derivan del mismo lenguaje de las Constituciones domésticas. Con ello, se ha tratado de “despolitizar” las disputas, para en cambio, “juridificarlas”, dando a los inversionistas el derecho de iniciar un litigio para aplicar estos tratados en el sistema de tribunales interno del Estado contratante. Schneiderman, David, “Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, núm. 4, otoño 2000, pp. 100 y 101.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 524.

<sup>32</sup> “It should not be controversial to conclude, then, that NAFTA’s takings rule, merely one element of a new interlocking web of investment protection agreements, is institutionalizing a discourse of limited government that will change Canada’s constitutional culture in the direction of US-style limited government.”, *Ibidem*, pp. 524-526.

Pero incluso va más allá, puesto que observa una similitud entre las reglas del régimen de inversiones y un orden constitucional. Por ejemplo, cómo una Constitución que opera bajo cierta concepción, Schneiderman argumenta que las reglas de inversión buscan resolver una tensión entre la política mayoritaria e intereses minoritarios, pero por medio de hacer a los inversionistas pasar como un grupo minoritario vulnerable. Además, como las tradicionales constituciones liberales, los acuerdos de inversión aspiran a ser vinculantes por de generaciones (así, son difíciles de cambiar), y con frecuencia tienen mecanismos de aplicación vinculante (que generalmente toman la forma de revisión judicial) y están caracterizados por un lenguaje de derechos vago y abstracto (tales como trato justo e igual, razonabilidad, arbitrariedad, debido proceso). Asimismo, y en congruencia con estas características del tipo constitucional, los acuerdos internacionales de inversiones también dan a los inversionistas derecho de acción por daños contra los Estados, cuando sus “derechos” han sido violados.<sup>33</sup>

En suma, Schneiderman analiza aspectos específicos de las reglas de inversiones sobre expropiación, y concluye que parecen estar fuertemente influidas por la doctrina constitucional de los EE. UU., sobre *takings* de propiedad privada y sugiere que se trata de normas locales que han alcanzado nivel global.<sup>34</sup>

Schneiderman argumenta que desde fines de los ochenta del siglo XX los países de América Latina han emprendido reformas constitucionales de larga escala para relevar a sus agencias estatales de la obligación de proteger el patrimonio nacional —comprendido por industrias y servicios públicos considerados vitales para el futuro del estado, tales como energía eléctrica, petróleo, gas comunicaciones y transportes—. <sup>35</sup> Incluso cita el caso del artículo 27 de la Constitución mexicana, que mandata el monopolio del Estado sobre el petróleo.<sup>36</sup> En relación con este tema, Schneiderman señala que a pesar de que este sector clave fue exceptuado del alcance del TLCAN, las reglas de inversión extranjera en el mismo han sido relajadas para permitir inversión en gas natural. Asimismo, el autor observa que fuera de los parámetros del TLCAN, se ha informado que el gobierno mexicano entró en “transacciones

---

<sup>33</sup> Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Reseñado por Colón-Ríos, Joel y Hevíá, Martín, “Review Essay- What Makes the International Investment Rules Regime Undemocratic?”, *German Law Journal*, vol. 10, núm. 8, 2009, pp. 1311-1313.

<sup>34</sup> Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, nota 5, 1995.

<sup>35</sup> Schneiderman, David, “Constitutional Approaches...”, *cit.*, p. 89.

<sup>36</sup> El referido autor escribió estas opiniones antes de la reforma constitucional en materia energética de 2013.

financieras altamente complejas” para evadir restricciones constitucionales en la industria del petróleo. Y otros elementos del artículo 27 de la Constitución mexicana fueron reformados en el camino al TLCAN, incluyendo disposiciones que prohibían la privatización de bancos públicos comerciales y las reglas que protegían a los ejidos, (que ahora pueden fraccionarse en parcelas individuales). Por último —observa Schneiderman— el Capítulo 11 del TLCAN ha afectado el régimen jurídico relativo a la expropiación,<sup>37</sup> y marca un abandono del modelo tradicional latinoamericano, en el que figuraba la cláusula Calvo: los nacionales extranjeros no podían reclamar una protección mayor en sus disputas con los Estados soberanos que los ciudadanos de esos Estados.<sup>38</sup>

### III. EL DEBATE MEXICANO SOBRE EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN

La adopción del mecanismo del Capítulo 11 en el TLCAN suscitó en México una discusión acerca de su constitucionalidad y, en particular, en relación con la cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I de dicho artículo establece que:

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

---

<sup>37</sup> Sostiene Schneiderman que el artículo 27 de la Constitución mexicana, base del intervencionismo del Estado en el mercado, se ha afectado: “The requirement to provide compensation has been ratcheted up, by statute, to reflect NAFTA’s more stringent requirement of payment of full market value, in funds fully transferable, and immediately realizable. One member of Mexico’s House of Representatives (Alfonso Rivera Domínguez) admitted during debate over this bill that the new compensation requirement had been precipitated by the NAFTA text and that negotiators regrettably had ‘compromise [ed] *ex ante* the amendment we have before us today without informing the Mexican people...’ What might be called constitution making through the back door is the subject of the next part.” Schneiderman, David, “Property Rights and Regulatory Innovation: Comparing Constitutional Cultures”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, abril, 2006, p. 384.

<sup>38</sup> *Idem*.

Como se recordará, esta disposición se identifica con la doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el principio de no intervención entre los Estados, y el principio de estatus igual (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

Ahora bien, regresando al debate, debemos recordar que para algunos, el mecanismo del Capítulo 11 era (y es) claramente inconstitucional. Por ejemplo, Sepúlveda explicó en su momento las razones históricas que habían hecho que México haya sido renuente en aceptar la jurisdicción internacional como un método para solucionar las diferencias con partes extranjeras, en particular con ciudadanos privados. Según Bernardo Sepúlveda, la experiencia histórica no ha sido muy positiva para nuestro país, en casos como el Fondo Piadoso de las Californias, o la Isla de la Pasión, lo cual explica que se fuera generando una doctrina que daba primacía a la jurisdicción nacional:

La primacía de las leyes y tribunales domésticos es una de las expresiones necesarias de la soberanía. Sin embargo, el tema se ha convertido en controvertido porque los países que exportan capital han reclamado un sistema de excepciones que resultan en la remoción de los intereses extranjeros de la jurisdicción del orden jurídico nacional. Los abusos derivados de esta pretensión llevó a la creación de una tendencia política y jurídica de proteger la prioridad jerárquica de la jurisdicción nacional.<sup>39</sup>

La doctrina Calvo (incorporada en el artículo 27 de la Constitución bajo la llamada “cláusula Calvo”), surgió así para reafirmar la jurisdicción nacional y desacreditar la idea de que los extranjeros deben tener un trato diferente que los nacionales:

Esta disposición constitucional ha producido una serie de importantes resultados en el curso de la historia de su aplicación. Una de las notas distintivas de esta norma constitucional es que los extranjeros se les dé los mismos derechos que a los mexicanos en cuanto a la adquisición de cierto tipo de activos y se les exige que se sometan, igual que los nacionales mexicanos, a las leyes y tribunales de México. Todos los individuos, sean nacionales o extranjeros, go-

---

<sup>39</sup> Sepúlveda Amor, Bernardo, “International Law and National Sovereignty: The NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, p. 581.

zan de las garantías de la Constitución, pero deben cumplir las obligaciones que emanan de ella: obedecer las leyes de México y someterse a sus tribunales. La regla contenida en el artículo 27, que reafirma la autoridad soberana del Estado, presupone la disponibilidad y existencia de una jurisdicción nacional capaz de resolver conflictos que se originan dentro de sus fronteras y relativas a las materias reguladas por esa norma. Esto es similar al principio general de derecho del agotamiento de los recursos locales como una ruta primaria para resolver las diferencias relativas a un extranjero.<sup>40</sup>

Asimismo, y en relación con esta lógica, es que en el derecho internacional ha prevalecido lo que Sepúlveda califica como la “regla de oro” de agotamiento de los recursos locales.<sup>41</sup> Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, para Sepúlveda, el TLCAN ha impuesto una camisa de fuerza al sistema jurídico mexicano, proponiendo considerar dos temas: uno, el trato discriminatorio que afecta a los nacionales mexicanos, resultante de que éstos no pueden resolver posibles controversias en temas de inversiones con las autoridades mexicanas por medio de arbitraje internacional. Para Sepúlveda, el Capítulo 11 del TLCAN da un trato privilegiado a los inversionistas extranjeros y con ello, el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros se viola.<sup>42</sup>

El segundo tema es el relativo a la derogación del orden jurídico nacional, ya que para Sepúlveda el Capítulo 11 del TLCAN sobre la protección a la inversión extranjera esencialmente elimina el deber de todos los individuos, cualquiera que sea su nacionalidad, de observar y respetar el sistema jurídico en México:

Por tanto, el deber de los ciudadanos de someterse a las leyes y a los procedimientos judiciales en México es eliminado debido a la ilusión de la competencia del derecho mexicano de resolver ciertos tipos de controversias relativas al

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 582.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 583.

<sup>42</sup> Bernardo Sepúlveda sostiene que el TLCAN obligó a una reconsideración de la esencia del artículo 27 constitucional y de los principios declarados en la Doctrina Calvo. “El TLCAN frustra uno de los aspectos de la doctrina Calvo —contenida en el artículo 27 y especificada tanto en derecho convencional como consuetudinario internacional— que exige a un extranjero agotar todas las vías jurídicas locales como prerrequisito para buscar remedios internacionales contra el Estado anfitrión. Este principio fue obviado por el establecimiento en el TLCAN de un procedimiento de arbitraje internacional para resolver controversias entre México e inversionistas canadienses o americanos. La ratificación del TLCAN, junto con la entrada en vigor de otros acuerdos que establecen la promoción y protección recíproca de las inversiones, ha introducido un elemento novedoso en el orden jurídico mexicano, cuyas consecuencias están todavía indeterminadas”. *Ibidem*, p. 573.



trato del capital extranjero. La regla general debe exigir la resolución de todas las controversias por los tribunales de México y asegurar que los nacionales y extranjeros gocen la extensión completa de garantías que la Constitución otorga, pero también que se sometan a las obligaciones que emanan de ella. Otorgar a los inversionistas extranjeros un régimen preferencial, removiéndoles efectivamente de la jurisdicción nacional cuando presenten demandas contra el Estado mexicano, disminuye la validez del orden jurídico de este país, o alternatively, lo deroga para el beneficio de inversionistas extranjeros. El respeto y aplicación del sistema jurídico de un Estado es uno de los elementos esenciales de la soberanía, reconocido por el derecho internacional. La autoridad de ese orden jurídico depende del agotamiento de los procesos domésticos de apelación, otorgados por el sistema jurídico mexicano a todos los individuos, antes de que ese individuo busque otras apelaciones, tales como el llevar la disputa al arbitraje internacional.<sup>43</sup>

Para otros autores, en contraste, el TLCAN no conlleva una violación al artículo 27 constitucional. Daly, por ejemplo, ha sugerido que con la aceptación que México ha hecho del Capítulo 11 del TLCAN, se evita la interferencia política en la resolución de disputas, eliminándose así la necesidad de que un gobierno extranjero intervenga por medio de protección diplomática a sus nacionales inversionistas en México. Si esto es verdad —afirma— entonces con el TLCAN México ha reafirmado (y no abandonado) una de las premisas básicas de la doctrina Calvo: el principio de no intervención.<sup>44</sup>

Por su parte, Zamora observa que la doctrina Calvo se basa en dos nociones. Por un lado, como el principio de trato nacional incorporado en GATT y en TLCAN, la doctrina Calvo propone la igualdad de trato entre ciudadanos extranjeros y ciudadanos del país anfitrión. Pero a diferencia del concepto de trato nacional, sin embargo, la doctrina Calvo fue creada —dice Zamora— para atender el percibido favoritismo dado a los extranjeros, y no la discriminación contra ellos. En otras palabras, el propósito de la doctrina Calvo es poner a los extranjeros en el mismo grado que los nacionales, mientras que el propósito del trato nacional es elevarlos al grado de los nacionales. Por otro lado —sigue Zamora— la doctrina Calvo exige que los inversionistas extranjeros se sometan a las leyes nacionales del país anfitrión, y prohíbe la intervención del derecho del país del ciudadano extranjero o la intervención diplomática, o de cualquier tipo, del Estado extranjero en

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 589.

<sup>44</sup> Daly, Justine, “Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA”, *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994, pp. 1182 y 1183.

protección de intereses extranjeros. Este concepto se basa en una extensión del principio de soberanía.<sup>45</sup>

En nuestra opinión, el mecanismo del Capítulo 11 no violenta la letra de la cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional. Consideramos que acudir a este mecanismo no significa invocar la protección del gobierno del inversionista extranjero. Es decir, los tribunales arbitrales del Capítulo 11 no son un gobierno o agentes de un gobierno. Son órganos de naturaleza difícilmente asimilable a las categorías tradicionales del Estado nacional, integrados por personas que, en principio, actúan como entes privados.

Sin embargo, considero que el mecanismo sí crea un trato desigual entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros (contrariando con ello el espíritu de la cláusula Calvo). Por un lado, crea un estándar especial respecto del derecho de propiedad y su protección en relación con el poder de expropiación del Estado, y por otro lado, crea un mecanismo de protección y garantía no disponible para los inversionistas mexicanos en México. Asimismo, considero que esta circunstancia no es compatible con la letra y espíritu del artículo 1o. de la Constitución mexicana.

#### IV. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA ANTE LOS TRIBUNALES BILATERALES DE INVERSIÓN: EL CASO C-358/96

Resulta interesante hacer alusión a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96, calificada por Schneiderman como un intento de resistencia a las demandas de la globalización económica, como resultado de un conflicto entre la regla de expropiación de la Constitución colombiana y las reglas del tratado bilateral de inversión suscrito entre Colombia y el Reino Unido en 1994.<sup>46</sup>

El tratado fue aprobado, por medio de la ley 246/95, éste se presentó a la Corte Constitucional de Colombia para ejercer la función que le atañe, conforme al párrafo 10 del artículo 241 de la Constitución de dicho país, según el cual corresponde a la Corte:

---

<sup>45</sup> Zamora, Stephen, "Allocating Legislative Competence in the Americas: the Early Experience Under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 622 y 623.

<sup>46</sup> El referido tratado contiene un estándar estricto de compensación "Fórmula Hull", que ha sido sostenido por los EE.UU. como el estándar requerido por el derecho internacional y que también se ve reflejado en el Capítulo 11 del TLCAN. Schneiderman, "Constitutional Approaches...", *cit.*, pp. 106-108.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Como puede verse, se trata de un procedimiento previo de revisión de la constitucionalidad del tratado internacional. En su examen del tratado, la Corte encontró que había una contradicción entre éste y el inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana, que a la letra disponía: "...el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Por su parte, el artículo 6 del tratado dispone que:

1. Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las partes contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra parte contratante, a:

...

b) Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionadas con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Para la mayoría de la Corte,<sup>47</sup> resultaba evidente que el tratado prohibía una forma de expropiación que el artículo 58 de la Carta expresamente autorizaba. Luego, podía calificarse como inconstitucional.

Por otro lado, la mayoría de la Corte encontró que el tratado implicaba una transgresión del artículo 13 de la Constitución, por el tratamiento discriminatorio que se derivaría de convalidar la restricción contenida en el literal b) (número 1) del artículo 6 del tratado. Dicho artículo dispone que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...

<sup>47</sup> El caso fue resuelto por una mayoría de seis magistrados contra tres.

Para la mayoría de la Corte, resultaba indudable que de aceptarse como válida la restricción contenida en el tratado,

...se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.

Tal trato discriminatorio no es posible escamotearlo ni siquiera arguyendo que la igualdad debe ser analizada en relación con el trato acordado en Colombia para los súbditos del Reino Unido, y el acordado allí para los colombianos. Porque la reciprocidad pactada no puede equipararse, y mucho menos subrogarse, al principio de igualdad.

Del principio de reciprocidad lo que se deriva es el deber de cada uno de los Estados signatarios de dar a los súbditos del otro (en una materia específica) un tratamiento igual. Pero el trato recíproco acordado entre los Estados ligados por el convenio, deja indemne el régimen más gravoso que, correlativamente, queda consagrado en el ordenamiento doméstico para los propios nacionales y para los extranjeros originarios de países diferentes al cotratante.

Porque si se arguye que un nacional colombiano, que sí puede ser expropiado en las condiciones previstas en el inciso 5 del artículo 58, puede reivindicar su derecho a la igualdad si resuelve invertir en el Reino Unido, puede ponerse de manifiesto una nueva y protuberante desigualdad: la que se establece entre los nacionales colombianos que tienen capacidad de invertir en la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y los que no la tienen. La reciprocidad, pues, tan deseable como principio rector de los pactos internacionales, tiene operatividad en un ámbito muy diferente a aquél en que opera el principio de igualdad y por esa poderosa razón tales principios no son intercambiables. Son sí, plausibles, ambos, en las respectivas esferas que uno y otro están llamados a regir.<sup>48</sup>

Pero la decisión de la Corte en este caso no fue unánime. Los magistrados disidentes emitieron un voto particular que se sustentó en dos argumentos. Según el primero, había que tomar en cuenta que los extranjeros no tenían participación alguna en la integración del Congreso colombiano, que a su vez era el órgano al que le correspondía, en su caso, adoptar la determinación de expropiar conforme al inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana:

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución, tienen la obligación de acatar la decisión expropiatoria con la misma intensi-

---

<sup>48</sup> Véase sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

dad con que deben hacerlo los nacionales colombianos. Una recta comprensión del principio de igualdad (C.P., artículo 13) permitiría, por lo menos, preguntarse si esta diferencia entre extranjeros y nacionales colombianos, en punto al ejercicio de los derechos políticos, ameritaría una diferencia de trato que apuntara a igualar a los dos grupos, en caso de adoptarse medidas estatales de índole política que los afectaran con la misma intensidad.

En segundo término, los magistrados de la minoría desarrollaron una argumentación que identificaron bajo el rubro de: “La globalización e internacionalización de las relaciones económicas y la inserción de Colombia en los mercados internacionales: hacia una nueva concepción de la soberanía”. En este sentido, en el voto particular se señaló que la Asamblea Nacional Constituyente había tomado en cuenta las circunstancias económicas del mundo y en particular la necesidad de atraer capitales a Colombia, lo cual requería de instituciones jurídicas sólidas y eficaces. Asimismo, se aludió al artículo 226 de la Constitución colombiana (deber de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional) a partir del cual podía derivarse el deber de “...adelantar la interpretación constitucional de materias como la que correspondió examinar en este asunto a la Corte, de conformidad con criterios integradores y sistemáticos y atendiendo a la naturaleza de las cosas a las que corresponde el asunto regulado por la disposición legal en cuestión”.

Después de aludir a la globalización, a la internacionalización de los sistemas económicos y la consecuente necesidad de una “nueva concepción de la soberanía estatal, cuya defensa se traduce en mecanismos completamente distintos a los utilizados por el viejo Estado nación”,<sup>49</sup> consideró que la Constitución colombiana de 1991 no era ajena a los planteamientos anteriores y que por ello adoptaba una clara decisión política básica a

---

<sup>49</sup> “En la actualidad, la soberanía estatal debe ser entendida como una forma particular de “estar en el mundo”, como una manera especial de defender los intereses nacionales que permita el desarrollo económico y el logro de cada vez mayores índices de bienestar y calidad de vida de la población. En la presente hora del desarrollo mundial, la prosperidad económica sólo puede alcanzarse a través de estrategias claras de conquista de mercados, de atracción, protección y promoción de las inversiones extranjeras y de inserción en los mercados internacionales. El proteccionismo a ultranza y las políticas tendentes a disuadir la inversión extranjera, implementados con la intención de defender la soberanía e intereses nacionales, se convierten en instrumentos contraproducentes que tienden al aumento de la pobreza y al deterioro de los niveles internos de bienestar social. En suma, la soberanía sólo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías.” Voto particular, Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

favor de la integración económica del país en los mercados mundiales y la internacionalización de las relaciones económicas del Estado colombiano, lo cual incluía el régimen de inversión extranjera (citó el Preámbulo de la Constitución, así como sus artículos 9o., 150-16, 226 y 227). Para la minoría de los magistrados el artículo 226 habilitaba al órgano constitucionalmente responsable de las relaciones internacionales, en el marco de la propia Constitución, a adoptar las decisiones que estimara racional y equitativamente convenientes para la nación:

En todo caso fundadas en juicios de orden político y económico en los que se ponderen, evalúen y examinen los diversos elementos objetivos que componen estas relaciones ante la diversidad de configuraciones que pueden adoptar contemporáneamente y en las que se promueva la mencionada internacionalización de las relaciones económicas y políticas y se eviten soluciones y disposiciones dañinas e inicuas.

En este sentido, consideraron que:

En efecto, por virtud de lo establecido en la mencionada norma constitucional, el examen en equidad y la interpretación sobre bases de equidad de las condiciones de un tipo específico de relaciones políticas o económicas de relevancia normativa entre Colombia y otros estados, no sólo pueden ser precedentes a la decisión de política internacional, sino que, en el caso de la internacionalización de las relaciones a las que se refiere el artículo 226 de la Carta Política y a partir de 1991, la pueden fundamentar externamente y sirven para adoptar una regla recíproca de conveniencia nacional como la de garantizar la indemnización en caso de expropiación de inversiones de súbditos de los estados parte.

Como queda visto, el Constituyente de 1991 de manera expresa y sin duda facultó al Estado colombiano para definir por razones de equidad y en tratados internacionales las reglas específicas para promover entre otros fines las relaciones económicas y políticas con otros Estados siempre que se trate de reglas recíprocas y de conveniencia nacional; dentro de estas regulaciones de rango constitucional y por medio de tratados internacionales, bien podía el Estado colombiano comprometerse a no expropiar sin indemnización por razones de equidad determinado grupo o tipo de inversiones extranjeras o las inversiones de los súbditos de otro Estado o nación amiga previamente determinados y durante un término, pues en última instancia se trata del ejercicio de la misma competencia de decidir sobre la expropiación con fundamento en razones generales pero cuyo contenido se construye a partir de juicios o criterios de equidad. Sin duda, como corresponde al legislador la definición positiva del ejercicio de la competencia de decretar la mencionada

expropiación por razones de equidad por un procedimiento en el que se exige una mayoría calificada para su aprobación, bien puede el mismo legislador aprobar una disposición legal de la categoría de un tratado internacional en la que el Estado por el mismo tipo de razones de equidad se comprometa a no decretarla en un determinado caso o para un determinado grupo de súbditos y durante un término definido en desarrollo de la política del Estado de internacionalizar las relaciones económicas.

Por lo anterior, los magistrados disidentes consideraron que la decisión adoptada por la Corte, en el proceso de la referencia, se convertía en un elemento disuasivo para la presencia de inversiones internacionales en Colombia, que además podía llegar a tener una incidencia negativa en el desarrollo y bienestar económico del país.

Por último, debemos mencionar que esta historia termina con una adaptación de la Constitución colombiana a los tratados bilaterales de inversión: en agosto de 1999 la regla de expropiación de Colombia se cambió, a partir de lo cual ya no se permite expropiación sin compensación. Según Schneiderman, esto da un ejemplo del “constitucionalismo neo-liberal disciplinando el texto constitucional doméstico: la interferencia con la propiedad privada y los derechos de los inversionistas está simplemente más allá de los límites de la aceptabilidad.”<sup>50</sup>

## V. EL CASO METALCLAD *VS.* ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El primer caso en el que un inversionista extranjero demandó al Estado mexicano en el marco del Capítulo 11 del TLCAN, fue el instaurado por Metalclad Corporation, en relación con una inversión realizada en el estado de San Luis Potosí. Como se verá a partir de la reseña del caso que presentamos a continuación, existen diversos temas que exigen una reflexión profunda desde la perspectiva del derecho constitucional. En especial, es importante examinar el caso puesto que, como indica Miguel Rábago, en relación con el mismo se dictó el primer y único laudo contra México en el contexto del artículo 1110 del Capítulo 11, por lo que es el más importante para definir los alcances de la definición de la expropiación en el TLCAN para México.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Schneiderman, “Constitutional Approaches...”, *cit.*, pp. 107 y 108.

<sup>51</sup> Rábago Dorbecker, Miguel, “El Régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?”, en Serna, José Ma. (coord.), *Derecho comparado Asia-México*, México, UNAM, 2007, p. 462.

A inicios de la década de los noventa del siglo pasado, la empresa norteamericana Metalclad Corporation, dedicada al manejo y confinamiento de residuos peligrosos, inició una serie de actividades dirigidas a adquirir, desarrollar y operar una estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en el municipio de Guadalcázar, estado de San Luis Potosí, mediante la compra de la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (Coterin).

En 1990 el gobierno federal mexicano autorizó a Coterin la construcción y operación de la referida planta. Después, en enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología otorgó a Coterin un permiso federal para la construcción del confinamiento. Y en abril de 1993 Metalclad concluyó el contrato de opción a 6 meses para la compra de Coterin y de sus permisos. Asimismo, en mayo del mismo año el gobierno de San Luis Potosí otorgó a Coterin un permiso estatal de uso de suelo para la construcción del confinamiento. En septiembre de 1993, y después de una serie de reuniones sucesivas con autoridades federales y estatales (incluyendo al gobernador de San Luis Potosí), Metalclad, ejerció su opción y compró Coterin, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos. En abril de 1994 inició la construcción del confinamiento, con conocimiento e inspecciones por parte de autoridades federales y estatales, pero sin contar con el permiso municipal de construcción.<sup>52</sup>

El 26 de octubre de 1994, el Municipio de Guadalcázar ordenó el cese de toda actividad en el sitio, debido a la falta del permiso municipal de construcción. Ante esto, Metalclad solicitó el permiso respectivo, y reanudó la construcción, misma que terminó en marzo de 1995. Sin embargo, la inauguración del confinamiento fue impedida por manifestaciones y bloqueos.

Se entabló así una serie de negociaciones entre Metalclad y autoridades federales, quienes finalmente suscribieron un convenio de concertación que establecía y permitía la operación del confinamiento. Sin embargo, el gobernador de San Luis Potosí desconoció el convenio, mientras que el municipio entabló un juicio de amparo en contra de él, el cual fue desechado por improcedente, en razón de que el municipio —se adujo— no es titular de garantías individuales.<sup>53</sup> Sin embargo, en lo que se decretaba la resolución,

---

<sup>52</sup> Azuela señala que Metalclad dio este paso a sabiendas de la oposición que la población y autoridades del municipio de Guadalcázar contra el proyecto. Azuela, Antonio, “Olor a nafta: El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados, Volumen I: globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010.

<sup>53</sup> González Oropeza ha señalado que si bien formalmente, la tesis de que los municipios no gozan de garantías individuales es correcta, el artículo 103 constitucional omite incluir al



el municipio obtuvo una suspensión relativa al convenio, lo que en la práctica significaba que el confinamiento no podía operar (y los jueces federales tardaron más de cuatro años en resolver el amparo).<sup>54</sup> Posteriormente, el 5 de diciembre de 1995, esto es, trece meses después de que Metalclad presentara su solicitud del permiso municipal de construcción, éste fue negado.

Finalmente, el 23 de septiembre de 1997, el gobernador de San Luis Potosí, emitió un decreto ecológico declarando un área natural para la protección de una especie de cactus (expedido tres días antes de que terminara su período de gobierno), que abarcaba el área del confinamiento. La consecuencia del decreto no era otra que impedir la operación y funcionamiento del confinamiento.

Ante estos hechos, Metalclad decidió recurrir al mecanismo del Capítulo XI del TLCAN, y con ello sacó el conflicto de la jurisdicción nacional.<sup>55</sup> En su demanda, Metalclad alegó que los Estados Unidos Mexicanos, por medio de sus gobiernos locales de San Luis Potosí y Guadalcázar, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos, lo cual constituía una violación de las disposiciones del Capítulo XI sobre inversión del TLCAN. En particular, Metalclad alegó violaciones al (i) artículo 1105 del TLCAN, que dispone que cada parte en el TLCAN “[otorgue] a las inversiones de inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”, y al (ii) artículo 1110, que estipula que:

Ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptar

---

municipio como parte afectada por leyes o actos de las autoridades federales y estatales. Y a pesar de que exista la controversia constitucional, la naturaleza de esta permite la defensa del ámbito de competencias que corresponden al municipio, pero no por la afectación proveniente de actos de autoridad federales o estatales, como el permiso de construcción, que infringen las facultades propias del municipio. Concluye el autor que debiera reformarse las fracciones II y III del 103 constitucional, para incluir a los municipios. González Oropeza, Manuel, “Los municipios mexicanos y el libre comercio, el caso de Metalclad”, *Suplemento: SCLC/Estudios Jurídicos y Políticos*, núm. 4, julio-diciembre, UNACH, 2006, pp. 5 y 6.

<sup>54</sup> Así lo informa Azuela, Antonio, “Olor a nafta: El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, vol. I: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica, México, UNAM, 2010, p. 5.

<sup>55</sup> Esta posibilidad de desplazamiento de un conflicto del espacio jurídico nacional, al espacio jurídico de América del Norte, es lo que Azuela denomina una “nueva geografía” del derecho mexicano. Ésta fue la primera vez, dice Azuela, que el Estado mexicano se veía en la necesidad de justificar el ejercicio del poder público sobre una empresa en el contexto institucional del TLCAN. Azuela, *op. cit.*, p. 19.

ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1), y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.<sup>56</sup>

Por así permitirlo las normas del Capítulo 11, las partes seleccionaron Vancouver como el sitio del arbitraje (lo cual es relevante, puesto que, como se verá, ello implicaba que en caso de que alguna de las partes decidiera solicitar la revisión del laudo del tribunal arbitral, la revisión se realizaría por los tribunales del sitio del arbitraje, y conforme a las leyes de éste). Eventualmente, el tribunal arbitral quedó integrado con un panelista de cada uno de los países del TLCAN.

El tribunal arbitral del Capítulo 11 del TLCAN hizo las siguientes consideraciones:<sup>57</sup>

1. Los actos de las entidades territoriales se consideran como actos del Estado mexicano. En este sentido, el propio TLCAN establece en su artículo 105, relativo a la “Extensión de las obligaciones”, lo siguiente:

Las partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa.

Mientras que el artículo 201.2 del TLCAN dispone que: “2. Para efectos de este tratado, toda referencia a Estados o provincias incluye a los gobiernos locales de estos Estados o provincias, salvo que se especifique otra cosa”.

Por tanto, no podía haber duda de que el Estado mexicano, representado por el gobierno federal, respondía por los actos de los gobiernos estatales y municipales que violentaran el TLCAN.

2. El municipio de Guadalcázar no estaba constitucionalmente facultado para negar u otorgar permisos de construcción basado en consideraciones de impacto ambiental.

En este tema, el tribunal arbitral reconoció que, efectivamente, según el artículo 115, fracción V de la Constitución mexicana el municipio tiene

---

<sup>56</sup> En su demanda ante el panel binacional de Capítulo 11, Metalclad también afirmó que los gobiernos estatal y municipal habían participado, en parte al menos, en la organización de las manifestaciones y bloqueos que afectaron la inauguración del confinamiento.

<sup>57</sup> *Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos*, laudo de 30 de agosto de 2000. Disponible en: [www.rmalc.org.mx/CIADI/mm-award-s.pdf](http://www.rmalc.org.mx/CIADI/mm-award-s.pdf).

facultades para "...otorgar licencias y permisos de construcción, y participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas..." Sin embargo, esto incluía como facultades del municipio únicamente el manejo de permisos de construcción, puesto que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 (LGEEPA) expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos.

Así, el artículo 5 de la LGEEPA establece que es facultad de la Federación:

V. La regulación y el control de las actividades consideradas como altamente riesgosas, y de la generación, manejo y disposición final de materiales y residuos peligrosos para el ambiente o los ecosistemas, así como para la preservación de los recursos naturales, de conformidad con esta Ley, otros ordenamientos aplicables y sus disposiciones reglamentarias.

Por otro lado, el tribunal arbitral consideró que del artículo 8 de la LGEEP se desprendían limitaciones a las facultades del municipio en materia de medio ambiente a aquello relativo a residuos no peligrosos; mientras que el artículo 7 de la propia ley limitaba las facultades del Estado en materia de medio ambiente a aquéllas no expresamente otorgadas al gobierno federal.

Por lo tanto, la negativa del municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, había sido inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

Con base en lo anterior, el tribunal arbitral consideró que se había dejado creer a Metalclad, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento, y basándose en afirmaciones del gobierno federal, Metalclad había iniciado la construcción del confinamiento, de manera abierta y continuada, y con el conocimiento total de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta la "Orden de Clausura" del 26 de octubre de 1994 (orden que se fundamentó en la falta de obtención por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción.) Para el tribunal, ello significaba que Metalclad no había sido tratado justa y equitativamente de acuerdo con el artículo 1105 (trato mínimo) del TLCAN.

En este sentido, el tribunal arbitral consideró que las acciones de las autoridades mexicanas en el caso, debían analizarse a la luz del principio

de transparencia del Capítulo 18 del TLCAN, el cual se veía violentado en virtud de la inexistencia de reglas claras y de prácticas que definieran si Metalclad tenía o no que obtener el permiso municipal de construcción para construir el confinamiento en San Luis Potosí. Además, dicho principio de transparencia se había violado en el caso, porque autoridades federales y estatales le habían hecho creer a Metalclad que el permiso no era requerido y, finalmente, porque el municipio de Guadalcázar había fallado en su obligación de una regulación transparente, al no notificar adecuadamente a Metalclad y no dar razones adecuadas y creíbles para negar el permiso. En el laudo correspondiente se puede leer lo siguiente:

99. México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.

100. Más aún, los actos del Estado y del municipio —y por lo tanto actos de México— incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (tales como los requerimientos establecidos para el permiso del municipio) no justifican el incumplimiento de una obligación de un tratado. (Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).<sup>58</sup>

3. En cuanto al tema de la expropiación, el tribunal arbitral consideró que el TLCAN incluía no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tuviese el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. En este tema, consideró el tribunal arbitral que:

104. Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin

---

<sup>58</sup> *Idem*.

importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.<sup>59</sup>

En conclusión, el Tribunal sostuvo que México había expropiado indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a esta última una indemnización por la expropiación, por lo cual, México había violado el artículo 1110 del TLCAN.

4. Por último, el tribunal arbitral procedió a realizar la cuantificación de los daños y determinación de la indemnización con base en el “valor justo de mercado” de la inversión real de Metalclad en el proyecto. Así, México fue condenado a pagar a Metalclad la suma de US \$16,685,000.00 dentro de los 45 días posteriores a la emisión del laudo, y transcurrido dicho plazo, se acumularía un interés compuesto de 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta.

México demandó la nulidad del laudo alegando, entre otras cosas, errores de derecho que podrían anular el laudo conforme a la legislación del foro del arbitraje. Cabe recordar que en razón de que el arbitraje se había realizado según las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, los tribunales domésticos podían revisar el laudo del tribunal arbitral. Es decir, bajo estas reglas, una parte puede pedir a los tribunales del lugar del arbitraje, que anule el laudo por violaciones a la legislación sobre arbitraje del foro. En este caso, Vancouver había sido escogida como el sitio del arbitraje, por lo que la revisión del laudo correspondió a un tribunal de la Columbia Británica, conforme a las leyes de dicha provincia canadiense (en el caso, la Ley de Arbitraje Internacional de Columbia Británica, *International Arbitration Commercial Act*). Esencialmente, y con base en disposiciones de dicha legislación, México alegó que el tribunal arbitral había ido más allá de su competencia y que había incurrido en violaciones a política pública de Columbia Británica.

Ahora bien, aplicando normas y estándares del sistema jurídico de Columbia Británica, la sentencia del tribunal canadiense de 2 de mayo de 2001, determinó que el panel arbitral había ido más allá del alcance permitido por el acuerdo de someterse a arbitraje contenido en el Capítulo 11 del TLCAN.<sup>60</sup> En esencia, el juez Tysoe señaló en su sentencia que el “exceso de

---

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> Señala Azuela que lo que el juez canadiense estaba tratando de hacer era “acotar, desde la lógica del Estado nacional, el alcance de las decisiones de un tribunal supranacional. Es por eso que llegaba a la conclusión de que dicho tribunal arbitral había excedido el

jurisdicción” había consistido en que el tribunal arbitral había interpretado erróneamente el artículo 1105 del TLCAN, al considerar incluidas dentro de éste obligaciones de transparencia, y basar su decisión en tal concepto de transparencia. El juez Tysoc expresó:

México ha fallado en asegurar un marco transparente y predecible para la planeación empresarial e inversión de Metalclad. De ahí, el Tribunal tomó su decisión sobre la base de la transparencia. Ésta era una materia más allá del alcance de la sujeción a arbitraje porque no hay obligaciones de transparencia contenidas en el Capítulo 11.<sup>61</sup>

Asimismo, el juez Tysoc consideró que no había evidencia de una violación al artículo 1110 del TLCAN por parte de los actos anteriores al decreto ecológico emitido por el gobernador de San Luis Potosí. Sin embargo, estimó que la determinación del tribunal arbitral en el sentido de que México había expropiado la inversión y propiedades de Metalclad por medio de dicho decreto, no era “evidentemente irracional” (*patently unreasonable*) y que se sostenía por sí misma, al no estar basada en la falta de transparencia o en una violación al artículo 1105. Es decir, aplicando los criterios del sistema jurídico canadiense, el juez de Columbia Británica determinó que a menos que fuera “evidentemente irracional”, él no estaba facultado para sustituir el laudo del tribunal arbitral que conoció del caso Metalclad vs. México:

99. El Tribunal dio una definición extremadamente amplia de expropiación para los propósitos del artículo 1110. Además de la más convencional noción de expropiación que implica la toma de propiedad, el Tribunal determinó que la expropiación bajo el TLCAN incluye interferencias encubiertas o incidentales sobre el uso de la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, en todo o en una parte significativa, del uso o el beneficio económico que razonablemente se puede esperar de la propiedad. Esta definición es suficientemente amplia para incluir la legítima redefinición del uso de suelo por parte de un municipio u otra autoridad con facultad para hacerlo. Sin embargo, la definición de expropiación es una cuestión de derecho con la que este Tribunal no está facultado para interferir bajo el *International Commercial Arbitration Act*.

---

alcanza del TLC al hacer juicios sobre la licencia municipal. Es decir, que no tenía por qué juzgar el modo en que se ejercen las atribuciones locales en alguno de los países miembros del tratado”. Azucla, *op. cit.*, p. 52.

<sup>61</sup> Véase sentencia del juez Tysoc, 2 de mayo de 2001, disponible en [http://www.economia-snci.gob.mx/sfhp\\_pages/importa/sol\\_contro/consultoria/](http://www.economia-snci.gob.mx/sfhp_pages/importa/sol_contro/consultoria/).

100. El Tribunal revisó los términos del decreto ecológico y concluyó que había en efecto impedido para siempre la operación del confinamiento de Metalclad y constituía un acto equivalente a la expropiación. Hizo referencia al artículo 9o. del decreto, que exige que todas las actividades en el área estén sujetas a los lineamientos establecidos por el plan de administración para asegurar la conservación ecológica de la reserva de cactus. El Tribunal también hizo referencia al artículo 14 del decreto, que prohíbe la derrama o descarga de agentes contaminantes en el suelo, subsuelo o agua del área de reserva. En mi opinión, la conclusión del Tribunal en el sentido de que la expedición del decreto era un acto equivalente a la expropiación no es evidentemente irracional.

Por otro lado, resulta relevante destacar en este análisis el punto problemático relativo al carácter “comercial” o “público” de los estándares y criterios que la Suprema Corte de Columbia Británica habría de aplicar al resolver la revisión solicitada. El tema se relaciona con la discusión que arriba revisamos acerca de la penetración en la esfera pública del modelo de arbitraje privado contenido en los tratados bilaterales de inversión.

Como se puede ver en su sentencia, el juez Tysoe consideró que el laudo debía ser juzgado con los estándares limitados que se aplican a un laudo arbitral que surge de una disputa privada entre las partes de un contrato comercial. De ahí deriva el criterio de *patently unreasonable* que aplicó para valorar el decreto expropiatorio del gobernador de San Luis Potosí arriba referido. Su razonamiento fue el siguiente:

La ley aplicable para revisar el laudo era la International Commercial Arbitration Act (ICAA), según la cual un arbitraje es “comercial” si surge a partir de una serie de relaciones que enlista el artículo 1(6) de dicha ley, entre las cuales se incluye la “inversión” (inciso (p)), a pesar de que no exista una relación contractual. Siendo esto así, los estándares de revisión son los de la ICAA.

Los estándares de dicha ley aplicables al caso están limitados a los siguientes:

- a. Que el laudo verse sobre una disputa que no esté contemplada o no entre en los términos de la sumisión al arbitraje, o que contenga decisiones sobre materias que vayan más allá del alcance de la sumisión al arbitraje, o
- b. Que la composición del tribunal del arbitraje o el procedimiento de arbitraje no esté de acuerdo con el convenio de las partes.

c. Que el laudo entre en conflicto con la política pública de Columbia Británica.

Por otra parte, el juez Tysoe aludió en su razonamiento al caso *Quintette Coal Limited vs. Nippon Steel Corporation* (1991), como precedente judicial relevante, del cual se desprende un principio general de deferencia y de intervención judicial mínima en la revisión de laudos arbitrales de comercio internacional.

Cabe añadir que el juez Tysoe también empleó la doctrina del error “evidentemente irracional”, puesto que México lo invocó, argumentando que podía ser visto como una variedad del concepto de “exceso de jurisdicción” contenido en la ICAA o bien como un factor independiente para determinar una anulación del laudo por ser contrario a la política pública de Columbia Británica.

En suma, todos estos son criterios derivados de la consideración de la disputa como una controversia “comercial” a la que se aplicarían los criterios de revisión limitados de la ley aplicable al caso, es decir, la ICAA.

Ahora bien, el gobierno de Canadá, por medio del abogado general, decidió intervenir en el procedimiento, en razón de la relevancia que el TLCAN y su interpretación tiene para el país y para los futuros litigios. En el escrito que para el efecto presentara, el abogado general consideró —a diferencia de Tysoe— que el estándar a utilizar debía ser la “perspectiva pragmática y funcional”, desarrollada por la Suprema Corte de Canadá para revisar decisiones de tribunales administrativos domésticos.<sup>62</sup>

En efecto, entre los puntos principales de su intervención, el abogado general sostuvo que las disputas de Capítulo 11 no eran de arbitraje comercial privado, lo cual a su vez debía tener un reflejo en la selección del estándar de revisión adecuado, que no era otro que la “perspectiva pragmática y funcional” de la Suprema Corte de Canadá. El conflicto era inherentemente de naturaleza pública, pues estaban sujetas a revisión medidas públicas. Se trataba de valorar actos legislativos y administrativos que tienen que ver con temas de salud pública y medio ambiente, y no comerciales.

---

<sup>62</sup> Supreme Court of British Columbia, “In the Matter of an Arbitration Pursuant to Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) Between Metalclad Corporation and the United Mexican States, ICSID Additional Facility Case núm. ARB(AF)/97/1. Documento disponible en: <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAE-BB65/metmexa.pdf>.



El abogado general identificó diferencias entre arbitraje privado y el arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN:

- a. Los derechos de los inversionistas derivan de un acuerdo internacional entre tres Estados partes, pero ellos no son parte en el TLCAN. Esto tiene un impacto en contra de la confidencialidad de los procedimientos dentro del arbitraje. Los inversionistas no tienen un derecho a la privacidad dentro del mismo. No hay una vinculación contractual entre las partes de la disputa ni un convenio arbitral entre ellos.
- b. Las partes en los procedimientos del Capítulo 11 no se limita a las partes en disputa, como sucede en el arbitraje comercial privado, como se deriva de los artículos 1127, 1128 y 1129 del TLCAN.
- c. Varios aspectos del arbitraje del Capítulo 11 son públicos:
  - El resultado puede tener interés para el público en general; hay o puede haber un interés público involucrado.
  - No hay una regla en el TLCAN que prohíba la publicidad o la apertura en relación con los procedimientos arbitrales.
  - Las partes no están sujetas a una regla general de confidencialidad, como en el caso del arbitraje privado.
  - Se permite la participación de personas que no son parte, por medio del *amicus curiae*.
  - El hecho de que el propio TLCAN tenga que establecer expresamente que las reclamaciones de Capítulo 11 se considerarán como surgidas de una relación u operación comercial (para efectos de su ejecución por vía de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975), prueba que las disputas que implican actos legislativos o administrativos de los Estados no son “comerciales”.<sup>63</sup>

Por estas razones —consideró el abogado general— los criterios de revisión debían ser más amplios, tal como los que se desprenden de la “pers-

---

<sup>63</sup> Artículo 1136.7 del TLCAN: “7. Para los efectos del artículo I de la Convención de Nueva York y del artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial”.

pectiva pragmática y funcional”, la cual toma en cuenta elementos como los siguientes: la presencia o ausencia de una *privative clause*;<sup>64</sup> la pericia técnica (*expertise*) relativa del tribunal, en comparación con la de la Suprema Corte; la naturaleza de la decisión que debe tomarse (si es una cuestión de derecho o de hecho); si la decisión por adoptarse es “policéntrica” (esto es, que necesariamente implica la consideración de temas en conflicto y multifacéticos), y el propósito de la disposición y los instrumentos legales.

En suma, a juicio del abogado general de Canadá, el arbitraje de Capítulo 11 debía ser considerado como “público” y no como “privado”, por lo que los tribunales arbitrales de dicho capítulo no debían gozar de deferencia judicial extensa y no debían estar protegidos por un alto estándar de revisión judicial.<sup>65</sup>

En su sentencia, se puede ver cómo es que el juez Tysoe valoró la opinión del abogado general de Canadá. Sin embargo, consideró que no debía aplicar la doctrina relativa a la “perspectiva pragmática y funcional”, pues ésta sólo era aplicable —señaló— en casos de revisión de decisiones de tribunales creados por ley, y no a laudos de tribunales arbitrales.

A final de cuentas, la Suprema Corte de Columbia Británica no anuló el laudo en su totalidad. Sólo lo hizo en la parte correspondiente a la determinación del monto por pagar por concepto de indemnización y, específicamente, en lo que tiene que ver con el cálculo de los intereses originalmente establecidos como pago a Metalclad.

## VI. CRÍTICA AL LAUDO EN EL CASO METALCLAD VS. MÉXICO Y REFLEXIÓN FINAL

Como era de esperarse, el laudo del caso Metalclad *vs.* México suscitó una discusión muy importante, pues permitió medir los alcances que tiene o puede tener el mecanismo de resolución de disputas contenido en el Capítulo 11 del TLCAN. Entre los principales críticos de la decisión, destaca Antonio Azuela quien examina tres elementos específicos de la argumentación del tribunal arbitral. Primero, la idea de que los gobiernos deben proporcionar orientación jurídica a los inversionistas despistados. Para Azuela, Metalclad hace creer al tribunal que estaba desorientado respecto a la necesidad de con-

---

<sup>64</sup> En Canadá, las *privative clause* son disposiciones introducidas por la propia legislatura dentro de las leyes que aprueba, que buscan excluir dichas leyes de la revisión por parte de los tribunales.

<sup>65</sup> Supreme Court of British Columbia, *op. cit.*

tar con una licencia municipal y éste (es decir, el tribunal) inventa que los Estados tienen la obligación de guiar a los inversionistas por el camino correcto. “La ineptitud de estos últimos se vuelve así un problema de Estado y se crea una nueva forma de proteccionismo, ya no para las empresas nacionales sino para las extranjeras”.<sup>66</sup>

En segundo lugar, critica Azuela que el Tribunal haya tomado por cierto el dicho de Metalclad en el sentido de que funcionarios federales “les dijeron” que no requerían licencia municipal para construir el confinamiento. Ello supone un sesgo en favor de la empresa, al no exhibirse nunca pruebas al respecto. El tribunal no dudó en dar por buena la afirmación de Metalclad, a pesar de que México lo negó rotundamente.<sup>67</sup>

En tercer lugar, observa Azuela que el tribunal arbitral desestimó con gran facilidad las atribuciones que la Constitución otorga a los municipios en materia de usos de suelo:

Mientras por un lado hace suyos los argumentos de Metalclad en el sentido de que no se requería la intervención del Municipio, cuando se trata de considerar los argumentos de México simplemente dice: “Sin embargo, los peritos de México en derecho constitucional expresaron una opinión diferente”. Hasta ahí llegó la discusión. En ninguna parte del laudo se explica por qué esa “opinión diferente” no era aceptable.

En general, Azuela advierte un sesgo del tribunal arbitral en favor del inversionista extranjero.<sup>68</sup>

Finalmente, debemos hacer notar algunas de las implicaciones que la decisión tiene, en relación con el derecho mexicano. Por ejemplo, a partir del caso examinado, ha quedado abierta la posibilidad de que inversionistas extranjeros desafíen decisiones gubernamentales de los estados y municipios, en ejercicio de funciones públicas sobre temas relevantes tales como protección del medio ambiente y de la salud pública y la regulación de los asentamientos humanos. Esta circunstancia, a su vez, tiene el potencial de

---

<sup>66</sup> Azuela se refiere aquí a lo sostenido por el tribunal arbitral en el numeral 76 del laudo: “Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes”. Azuela, *op. cit.*, pp. 50-52.

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> *Idem.*

disminuir la autoridad regulatoria de federación, estados y municipios, sobre todo si tomamos en cuenta la vaguedad de los conceptos de “trato justo y equitativo” del artículo 1105 (¿con qué criterios decidirá un tribunal cuando se está o no ante un trato justo y equitativo al inversionista extranjero?) y la amplia definición de expropiación del artículo 1110 del Capítulo 11 del TLCAN; amén de que la lectura amplia de expropiación del tribunal arbitral en términos de “actos equivalentes a la expropiación” y “expropiación indirecta”<sup>69</sup> da a los inversionistas extranjeros (de EE. UU. y Canadá) protecciones de derechos de propiedad que van más allá de los que otorga la Constitución mexicana a los inversionistas y propietarios mexicanos.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Para Cremades y Cairns, esta definición es muy amplia pues abarca expropiación “directa” e “indirecta” y también medidas “equivalentes a la expropiación”. Esto último equivale a lo que en EE.UU. se conoce como *regulatory takings*: “Un *regulatory taking* es una reducción en el valor de un bien como resultado de regulación gubernamental. Una disposición en un tratado multilateral o bilateral de inversión que prohíbe la expropiación indirecta combinada con las disposiciones sobre arbitraje inversionista-Estado da a un inversionista la capacidad de buscar compensación por pérdidas que deriven de regulaciones que reducen el valor de sus bienes. El inicio de tal arbitraje no atenta contra la legitimidad del poder de producir regulación ni necesariamente impugna los objetivos de política de las regulaciones, pero la distinción entre una demanda de compensación y un reto a la legitimidad de regulaciones es fácilmente perdida en la política de temas ambientales, salud pública y seguridad, y otros similares. El resultado es que tal arbitraje puede presentar al tribunal algunas cuestiones muy cargadas políticamente.” Además, señalan en relación con el caso *Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos*: “La amplitud de la expresión expropiación indirecta crea falta de certeza entre los empresarios, los servidores públicos y sus asesores jurídicos en cuanto a la frontera apropiada entre regulación legítima sin compensación y un *regulatory taking* o expropiación indirecta. Esta falta de certeza incrementa la probabilidad de que emerjan disputas que requieran arbitraje y, por tanto, de laudos que traten con (o parezcan tratar con) conflictos entre obligaciones de comercio y opciones de política doméstica o social. Tales laudos inevitablemente habrán de ser empleados para propósitos políticos, con la consecuencia de más reclamos de tribunales secretos y anónimos y temores de la erosión de la democracia y la soberanía. El amplio, pero vago derecho de los inversionistas extranjeros a una compensación por expropiación hoy continuará poniendo a los arbitrajes inversionista-Estado en conflicto con grupos que usan la regulación doméstica para hacer avanzar sus propias agendas políticas, tales como grupos ambientalistas y de salud pública, la falta de rendición de cuentas democrática del arbitraje significa que puede fácilmente ser descrita por tales grupos, así como por políticos nacionalistas y activistas anti-globalización, como una herramienta de las grandes empresas. El problema de credibilidad que enfrenta el arbitraje inversionista-Estado es que, constitucional y políticamente, las implicaciones públicas del derecho a compensación por expropiación no embonan bien con una institución privada.” Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

<sup>70</sup> Véase Rábago Dorbecker, *op. cit.*, pp. 470 y 471.