

CAPÍTULO II

2 Marco Teórico

2.1 La propiedad privada

La definición de este concepto es un tanto difícil ya que éste depende de las especificaciones que cada Estado le otorgue. Para el Estado de Puebla el término de *propiedad* se define como “*el derecho real que faculta a su titular para usar, gozar y disponer de un bien, con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes*”. Sin embargo para el caso específico del presente trabajo, en el plano del derecho internacional afirmaré que la *propiedad privada* es aquella donde una legislación local otorga facultades sobre bienes materiales o inmateriales. Gozando la *propiedad privada* de su protección como un derecho humano.¹

Es muy importante aclarar que el concepto de *propiedad privada* es muy característico, dado que las tierras y las aguas

¹ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G./Res./217 A (III), 10 de diciembre de 1948, Art. 17; Convención Americana Sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José Costa Rica”, O.E.A./Serv. K/ XVI/1.1, Doc 65 (Rev. 1), 22 de noviembre de 1969, Art. 21.

pertenecen originalmente a la nación y esto trae consigo que de la propiedad estatal se establezca la propiedad privada.

2.2 Los tratados

Con fecha del dos enero de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la *Ley Sobre la Celebración de Tratados* y que cito textualmente para conocer el contenido de esta:

Artículo 1º.- La presente Ley tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional. Los tratados sólo podrán ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.

Artículo 2º.-Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

I.- "**Tratado**": el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos. Los tratados deberán ser aprobados por el Senado de conformidad con el Artículo 76, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

estar de acuerdo con la misma y ser la Ley Suprema de toda la Unión en términos del Artículo 133 de la Constitución.

II.- “Acuerdo interinstitucional”: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente aprobado.

El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles mencionados que los suscriben.

III.- “Firma ad referendum”: el acto mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar que su consentimiento en obligarse por un tratado requiere, para ser considerado como definitivo, de su posterior ratificación.

IV.- “Aprobación”: el acto por el cual el Senado aprueba los tratados que celebra el Presidente de la República.

V.- “Ratificación”, “adhesión” o “aceptación”: el acto por el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

VI.- “Plenos Poderes”: es el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados.

VII. “Reserva”: la declaración formulada al firmar, ratificar, aceptar o adherirse a un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a los Estados Unidos Mexicanos.

VIII.- “Organización internacional”: persona jurídica creada de conformidad con el derecho internacional público.

Artículo 3º.- Corresponde al Presidente de la República otorgar Plenos Poderes.

Artículo 4º.- Los tratados que se sometan al Senado para los efectos del Artículo 76, fracción I de la Constitución, se turnarán a comisión en los términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, para la formulación del dictamen que corresponda. En su oportunidad, la resolución del Senado se comunicará al Presidente de la República.

Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.

Artículo 5º.- La voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación, mediante las cuales se notifique la aprobación por el Senado del tratado en cuestión.

Artículo 6º.- La Secretaría de Relaciones Exteriores, sin afectar el ejercicio de las atribuciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, coordinará las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado y formulará una opinión acerca de la procedencia de suscribirlo y, cuando haya suscrito, lo inscribirá en el Registro correspondiente.

Artículo 7º.- Las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal deberán mantener informada a la Secretaría de Relaciones Exteriores acerca de cualquier acuerdo interinstitucional que pretendan celebrar con otros órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. La Secretaría deberá formular el dictamen correspondiente acerca de la procedencia de suscribirlo y, en su caso, lo inscribirá en el Registro respectivo.

Artículo 8º.- Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sea parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales

mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeros u organizaciones internacionales, deberá:

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

Artículo 9º.- El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el Artículo 8º, cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación.

Artículo 10º.- De conformidad con los tratados aplicables, el Presidente de la República nombrará, en los casos en que la Federación sea parte en los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a los que se refiere el Artículo 8º, a quienes participen como árbitros, comisionados o expertos en los órganos de decisión de dichos mecanismos.

Artículo 11º.- Las sentencias, laudos arbitrales, y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el Artículo 8º, tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

En el artículo 1º hace una distinción entre tratados y acuerdos interinstitucionales con base en los sujetos contratantes.

Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre dependencias u organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.

El artículo 2º nos da algunas definiciones de conceptos para efectos de esa ley y la definición más importante se encuentra en la Fracción I en donde se define a los tratados como el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público mediante el cual se asumen compromisos.

En la fracción V podemos observar que se detallan las formas en que el Estado mexicano puede obligarse internacionalmente a cumplir un tratado, ya sea *ratificación*, *adhesión* o *aceptación* el acto por el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

2.2.1 Los tratados internacionales

De acuerdo al artículo 2º de la Convención de Viena, los tratados internacionales se definen como *un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.*²

Los tratados internacionales se clasifican en muchas instancias, sin embargo de acuerdo al interés del presente estudio mencionaremos las que son propiamente de nuestro interés:

1. Por su contenido los tratados pueden ser económicos, políticos, culturales, comerciales, tecnológicos, etcétera,
2. Por el número de estados parte, pueden clasificarse como bilaterales o multilaterales, y

² WALSS AURIOLES, Rodolfo, *Los Tratados Internacionales y su Regulación Jurídica en el Derecho Internacional y el Derecho Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 2001, página 36.

3. Por el tiempo de su vigencia, pueden ser clasificados en tratados-ley y tratados-contrato. Los tratados-ley son aquellos que tienen una vigencia no definida y los tratados-contrato forman una obligación jurídica que se termina con su cumplimiento.

Los artículos constitucionales de la Carta Magna que rigen directamente a los tratados internacionales son el 15, el 76 fracción I; el 89 fracción X; el 104; el 117 fracción I y: el 133, siendo éste último el de mayor relevancia dada su complejidad y controversia. Este artículo dice: *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*

Los tratados internacionales utilizan un lenguaje amplio y se refieren a expropiación o nacionalización sin hacer ningún distintivo entre ambos conceptos. Por lo general en los *Tratados Bilaterales*

de Inversión (TBI) firmados por los Estados Unidos de América, se utilizan ambos términos por la vía de prudencias similares a la expropiación o nacionalización. Es decir, que la definición utilizada permite la cobertura de las medidas de expropiación indirecta y que tienen el mismo resultado que la nacionalización o expropiación.

En la mayoría de los acuerdos comerciales, los TBI e incluso en el MERCOSUR, se incluye una facultad en la que se señala que es posible realizar una expropiación con motivos de utilidad pública o en su defecto como interés social, uso público, beneficio público, interés social o seguridad nacional.

2.3 La costumbre internacional

Resulta un tanto complicado definir cuales son las reglas que determinan a las costumbres internacionales. Sin embargo, la posición de los países importadores de capitales, se relaciona con la *Doctrina Calvo*; y la posición de los países exportadores de capitales se relaciona con la *Doctrina de las Condiciones Mínimas*.

2.3.1 La Doctrina Calvo

Para Carlos Calvo, diplomático, historiógrafo y jurista argentino, la intervención de un Estado en los asuntos de otro, y en específico el inadmisibles y continuo entremetimiento de los funcionarios de los países fuertes, creando reclamaciones, aunque injustificadas, de sus súbditos frente a países pequeños es un asunto condenable. Calvo señala que el extranjero no debe demandar para sí mayores derechos que los nacionales y de esa forma mantener el paralelismo de derechos civiles entre extranjeros y nacionales.³

Esta Cláusula Calvo establece que 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 Exteriores en considerarse como nacionales respecto

³ SHEA, Donald R., *The Calvo Clause. A Problem of Inter.-America and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Mineapolis. 1955, pág. 325.

de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder el beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta n las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.

La legislación mexicana actual menciona una Cláusula Calvo *sui generis*, que se diferencia de las anteriores y en la que el extranjero desiste a clamar la protección de su gobierno, debiendo incorporarse tal deposición en un contrato por él suscrito (Artículo. 27, Fracción I de la Constitución Mexicana; Artículo. 2o. de la Ley Orgánica de id.; Artículos. 2o. y 4o. del Reglamento de la anterior; Ley de Vías de Comunicación, Art. 8o.; Ley de Minería, Ley del Petróleo, etc.).

2.3.2 La Doctrina de las Condiciones Mínimas

Esta doctrina sustenta la teoría de que una discriminación a un extranjero es válida, sí y sólo sí, se le otorga la protección

mínima establecida por el derecho internacional. Esto trajo consigo que los inversionistas extranjeros demandaran obligaciones derivadas de la costumbre internacional al existir una carencia de obligaciones en los tratados.

Sin embargo los países exportadores argumentaron que la fórmula creada por el Canciller y Jefe del Departamento de Estado Norteamericano Cordell. Hull representaba un estándar mínimo de protección obligatorio para la comunidad internacional.⁴ En caso de expropiación, la mayoría de los tratados de libre comercio usan como referencia la fórmula Hull, según la cual la indemnización debe ser “pronta, adecuada y efectiva”.⁵ En la mayoría de los tratados bilaterales de inversión utilizan la expresión *valor de mercado* o *justo valor de mercado* al considerar antes de que se lleve a cabo la expropiación de las inversiones para de esa forma salvaguardar el valor de ésta. Los acuerdos de igual forma incluyen que la compensación debe incluir intereses calculados a la tasa normal de mercado desde la fecha en que se llevó a cabo dicha expropiación.

⁴ Cordell Hull señaló en 1938 en correspondencia dirigida a México que, *de acuerdo a todas las normas legales y de equidad, ningún gobierno tiene el derecho a expropiar bienes privados, sea cual fuere la finalidad, sin que se disponga un pago pronto, adecuado y efectivo por ese concepto*”.

⁵ DOLZER, Rudolph & STEVENS Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Holanda, 1955. Pág. 109

Los pagos de la expropiación tienen el requisito de que deben ser plenamente realizables, libremente transferible y efectuado sin demora. En algunos casos también se incluye la cláusula en que el pago debe ser transferible al tipo de cambio vigente a la fecha de expropiación.

2.4 La teoría de justicia de Rawls

El objetivo que guió a Rawls para desarrollar su teoría, como el mismo lo asienta, fue elaborar un criterio de justicia alternativo al sugerido por el utilitarismo clásico.

Rawls concibe al individuo como el agente típico de la teoría económica: aquél que busca su propio beneficio, y que se da cuenta de que si se alía con sus semejantes, también *egoístas*, podrá sacar más provecho que actuando solo. En suma, un agente racional. Es aquí cuando entra en escena la justicia social, la cual consiste en un conjunto de principios que resuelven las cuestiones en torno a cómo han de distribuirse los beneficios producidos por la mencionada cooperación.

Una vez establecido el principio de justicia, los individuos participantes en las circunstancias sociales *aparecerían* en la sociedad sin saber de antemano qué posición social les corresponderá.

Rawls sostiene que se deben crear beneficios para todos los miembros de la sociedad, en particular para los desaventajados, y que se buscará cumplir con los siguientes objetivos:

- Beneficiar más a quienes se encuentran en situaciones más desventajosas y,
- Garantizar a toda persona la asequibilidad de cargos y funciones en un marco de igualdad de oportunidades.

En otras palabras, una sociedad no podrá estar catalogada como justa si a algunos individuos no se les concedieran sus bienes sociales primarios y a otros sí; pero una sociedad no es injusta porque existan diferencias económicas o sociales, siempre y cuando la existencia de tales diferencias cree beneficios para todos los miembros de la sociedad, en particular para los más desaventajados.

Sen propone un criterio alternativo de asignación que, sin embargo, no entra en conflicto con el modelo de justicia de Rawls. Sen acepta todo el modelo hipotético de Rawls, junto con su principio de diferencia⁶; lo único que el crítico altera es aquello que se debe repartir equitativamente entre la sociedad en general y compensatoriamente entre los desaventajados, no cualquier conjunto de *libertades básicas*, sino una libertad en particular: la libertad de bienestar, la cual también puede ser referida como el conjunto de *capacidades básicas*.

⁶ Si ciertas desigualdades de riqueza y diferencias en autoridad hicieran mejorar a los más desaventajados con respecto a esa suposición hipotética inicial, entonces dichas diferencias serían justas. Esta prioridad dada al sujeto con mayor desventaja se denomina como el principio de diferencia.