

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
PROGRAMA INTERNACIONAL DE DOCTORADO EN DERECHO**

**LA AFECTACION DE LOS PROCESOS DE INTEGRACION POR LA
“EXPROPIACION INDIRECTA” EN LOS TLC**

TUTOR: Dr. Francisco Gorjon

POSTULANTE: María de la Cruz Bayá Claros

Cochabamba-Monterrey, Marzo de 2006

***A todos aquellos
que encontraron en el conocimiento
una Patria sin fronteras.***

***A mi hijo Walter Isaac,
quien comprendió que el silencio de mis tiempos,
es el paso firme de los días que vendrán.***

INTRODUCCION

El nuevo des-orden mundial abanderado por los avances tecnológicos que han ido construyendo un mundo de internacionalización económica en los últimos años, esta promoviendo la consolidación de una doctrina mercantilista, cuya premisa ha adquirido sus ribetes mas precisos a partir de la transformación del *vox populi, vox Dei*, en *vox mercati vox Dei*, lo cual ciertamente esta aportando innegablemente a la mutación de las figuras jurídicas insertas en los instrumentos jurídicos internacionales como los TLC, como una expresión de su necesidad de proteger ante todo y contra todo la Inversión Extranjera Directa (IED) en esta “nueva experiencia colonial” de estos días, que implica una determinada idea de “expansión”, a partir de los flujos comerciales mas importantes vinculados a la inversión de las transnacionales en Estados cada vez mas débiles debido a la limitación de su finalidad autorreguladora.

Pero, no se trata de las medidas en si, si no que también son los efectos que estas -medidas-, están generando las que han motivado esta investigación, ya que el objetivo central es no sólo obtener un grado de conocimiento mas profundo respecto de la temática, sino a partir de ella plantear algunos lineamientos para el fortalecimiento de la relación Estado-inversor en un contexto fundamentalmente, neoliberal-corporativista donde la premisa de la protección de los intereses de las

empresas multinacionales se ha convertido en el primer mandamiento de la nueva religión mundial.

En este sentido, los motivos que han guiado este estudio se relacionan con la incesante aplicación de la figura de la expropiación en su mutación indirecta, que se ha estado dando a nivel internacional sobre todo a partir del TLCAN, y cuyos resultados están sentando la bases de una jurisprudencia muy peligrosa, toda vez que se ha admitido su aplicación como garantía de protección de la Inversión Extranjera Directa (IED).

Esta experiencia, positiva, para las empresas multinacionales y negativas en la mayoría de los casos para los Estados sobre todo por afectar el cumplimiento de sus fines esenciales ha producido un daño inequívoco en los diseños normativos internos, así como en la agenda económica y de desarrollo, dejando de lado la consideración de los derechos sociales mas importantes como son la salud, la protección de los recursos naturales, la seguridad, la justicia solo pro mencionar algunos.

Entonces, el tratamiento de este tema adquiere ribetes de suma importancia, sobre todo en tanto involucra la generación de una jurisprudencia internacional cada vez mas peligrosa, dada sobre todo la evolución conceptual que ha seguido a la aplicación constante de esta medida en el escenario jurídico internacional, planteando a partir de ello la construcción de una nueva dimensión teórica del derecho propietario y sus alcances.

Por otra parte, también es importante estudiar esta medida ya que los efectos de la aplicación de la misma se traducen en daños económicos al Estado a partir de la noción “indemnizatoria” que implica de las “ganancias futuras”, ya que conduce a la erogación de sumas millonarias por ese concepto. Todo esto como consecuencia del cambio de conducta los Estados en la línea de protección de las

Empresas Transnacionales a fin de no perjudicar a éstas en sus intereses privados.

En este sentido, los documentos a los que se recurrieron en esta investigación fueron en su mayoría los diferentes Tratados de Libre Comercio (TLC), los que sirvieron de base para el análisis, así como también los Laudos Arbitrales de los distintos casos. Sin embargo fueron importantes los aportes de Aarnio, Habermas y otros pensadores que con sus disquisiciones filosóficas sobre los principios del Derecho contribuyeron no sólo a la reflexión preliminar, a los estudios de caso, sino también a la identificación del impacto que la figura jurídica de la expropiación indirecta ha tenido en los parámetros principales que se originan en la relación sociedad-derecho-intereses, donde según uno de estos autores el Derecho adquiere la *categoría de mediación social* y es sobre una de estas premisas sobre las cuales se ha argumentado este estudio respecto de la afectación a la seguridad nacional y a la confianza en los procesos de integración.

Los objetivos específicos, que se persiguieron se interrelacionan entre si ya que en un primer momento se pretendió ubicar en un contexto histórico que parte del siglo XIX al XXI las tendencias que asumieron los procesos de integración y con ello llegar a la justificación de la creación de instrumentos jurídicos internacionales como los TLC, como parte de una respuesta a la necesidad de establecer condiciones de protección a las inversiones realizadas por las empresas transnacionales. Así como también se intenta identificar las principales teorías de la expropiación así como su procedimiento, para luego a partir de estas primeras nociones explicar la mutación a la “expropiación indirecta”.

Otro de los objetivos de este estudio, es hacer que se reflexione sobre los sesgos que adquiere la interpretación normativa y la aplicación de esta figura en los distintos causas a través de un estudio de caso específico, para llegar posteriormente a la valoración del impacto que la aplicación de esta figura tiene sobre la seguridad de los Estados y la credibilidad de los Procesos de Integración.

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron: a) el *exegético*, en tanto permitió llevar a cabo una interpretación adecuada de la normativa encontrada ya que este se basa en el respeto absoluto a la ley. En este sentido, se ha realizado una interpretación de los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos en los últimos quince años en lo referente al contenido de la Expropiación Indirecta, b) el *comparado* que en este caso proporciono la posibilidad de realizar una identificación mas precisa de los elementos emergentes del diseño normativo de dichos instrumentos, del nivel de compromiso de la interpretación de las disposiciones y de la aplicación del marco jurídico, lo cual a su vez coadyuva a trazar los lineamientos desde la perspectiva de los alcances que son posibles de visualizar a partir de los efectos de la expropiación indirecta sobre el orden jurídico nacional e internacional. C) el *bibliográfico* que coadyuvo a la estructura del armazón teórico de esta investigación a través de la reflexión propuesta por los distintos autores y por ultimo se tiene el d) *documental* que igualmente permitió reflejar en este estudio los datos objetivos mas importantes.

Sin embargo, al margen de los mencionados, es importante señalar que el diseño metodológico incluyó uno fundamental para lograr cumplir los objetivos trazados y ese fue el *Estudio de Caso* que proporcionó la oportunidad de incidir en los antecedentes y las causas de la controversias, los sesgos característicos que detentaron cada uno de éstos y de observar las decisiones finales para a partir de ello establecer los alcances de la expropiación jurídica siempre en los parámetros de la construcción de una jurisprudencial internacional.

Es así, que el presente estudio se divide en cuatro capítulos. El primero de ellos vinculado a *la Integración y los Tratados de Libre Comercio* al análisis de los antecedentes históricos del proceso de integración, una reflexión sobre los sesgos mas importantes que se advierten en éstos desde el siglo XIX a la fecha (siglo XXI). Siguiendo esta tendencia se aborda el eje sistémico que se ha configurando en los últimos años en los distintos esquemas integradores desde una perspectiva

dicotomica frente a los problemas que plantea. Para, finalmente, ingresar al tratamiento de los Tratados de Libre Comercio (TLC) a partir de sus principales connotaciones.

El Capítulo Segundo, que versa sobre *la Expropiación Indirecta* se detiene en el análisis de los matices que implica la evolución en la comprensión de las conceptualizaciones de la Expropiación desde los parámetros que plantea la figura original en si, y que con el tiempo se enfrenta una noción de equivalencia con la controvertida noción de “nacionalización”. Siendo a partir de estos elementos, que emerge la interrogante que guía parte del contexto teórico a la justificación del diseño de este tipo de figuras –expropiación indirecta- desde los argumentos que plantea la transición desde una expropiación nacional a la expropiación indirecta internacional, es decir, una evolución que se da en el contexto de los intereses que privilegian en principio el general y en el ultimo de ellos se refiere a los intereses privados de las Empresas Transnacionales (ET), conduciendo a la una realidad evidente: “derechos de los intereses privados” vs. “problemas públicos”.

En este sentido, a fin de comprobar la confrontación ya referida el Tercer Capítulo, *Estudio de Caso*, como su nomen lo indica aborda la temática de la expropiación indirecta a partir de una reflexión preliminar, para luego a través de este tipo de estudio poder identificar los sesgos mas importantes que se dieron desde la creación del derecho contenido en los Capítulos de Inversión de los TLC, de la posterior interpretación y aplicación del derecho que se dieron a consecuencia de cada uno de los casos presentados a Tribunales Internacionales de Arbitraje, bajo los parámetros regulatorios tanto del CIADI como de la CNUDMI desde la convicción de que esta figura jurídica es la medida perfecta de protección y garantía para la Inversión Extranjera Directa (IED).

Mientras, que el Cuarto Capítulo que versa sobre *El Impacto de la Expropiación Indirecta y los Nuevos Lineamientos de la Relación Estado-Inversor*, intenta reflejar a partir de su contenido enlazar el tema de las consecuencias que esta

figura ha ocasionado con el de los lineamientos que debieran considerarse antes de perfeccionar un diseño normativo en la única intención de seguir promoviendo una protección de las IED y de la limitación de la función autorreguladora de los Estados, ya que ambos ejes guardan una relación inequívoca, pues el primero sirve de antecedente al segundo, convirtiéndose este último a partir de ello en la propuesta de este estudio.

Por otra parte no se puede dejar de reconocer en esta lógica que el impacto de la expropiación indirecta en la Seguridad de los Estados y en la Credibilidad de los Procesos de Integración es de vital importancia, toda vez que generan en una tendencia fundamentalmente “individualista” un conflicto de intereses. Sin embargo, el peligro más importante sin duda viene dado por la idea de que las ET están cobrando cada día más fuerza en cuanto se refiere a la participación en la creación de derecho en los ordenes jurídicos nacionales e internacionales, a partir de la generación de nuevos mandatos emergentes de la interpretación y aplicación de las normas preestablecidas, reflejando que el enfoque “principista” internacional es actualmente un simple discurso, debido a la vulneración que de éstos se ha podido constatar en los distintos casos. Es por eso que resulta imperioso reconsiderar una vinculación más armónica en los niveles Estado-Inversor en tanto ésta implica un rediseño en las normativas internacionales que tienen que ver con esta figura jurídica en un contexto donde ya no puede eludirse la existencia de un sesgo neoliberal-corporativista en un mundo fundamentalmente multipolar económicamente.

A estas alturas es importante reconocer la incompatibilidad de la figura jurídica de expropiación indirecta como garantía de la inversión extranjera directa (IED) en los Tratados de Libre Comercio (TLC) con los principios de la integración (solidaridad, reciprocidad entre otros) lo cual afecta a la credibilidad en los procesos de integración y debilita la seguridad de los Estados.

En este sentido, es nodal considerar la supresión de la figura jurídica de expropiación indirecta como garantía de la inversión extranjera directa (IED) de los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos en los últimos años, respaldado en los principios de la integración, ya que ello traerá como consecuencia una mayor credibilidad en los procesos de integración y fortalecerá la seguridad de los Estados.

Asimismo, es un privilegio agradecer a quienes hicieron posible esta investigación entre ellos a los Maestros Ismael Rodríguez, German Cisneros, Efrén Vásquez, y James Graham por su invaluable transmisión de conocimientos, al Dr. José Luís Prado por su constante apoyo en el desarrollo de este trabajo, y muy especialmente al Dr. Francisco Gorjon por su permanente y distinguida dedicación en la supervisión del presente estudio.

Finalmente, en un mundo donde cada día es posible observar con claridad meridiana el fin del Estado-nación y la transición hacia el nuevo modelo de construcción social, económico, político y jurídico que se traduce en la estructura del Estado-Continente, es importante rediseñar la agenda de los principios del *“vox mercati, vox Dei”* a partir de la imposición de límites a la acción económica de las empresas multinacionales, ya que de lo contrario la armonización normativa que se pretende como una alternativa al conflicto de la policentricidad vigente no será posible, porque en las actuales circunstancias esta mutación jurídica no aporta sino en una dimensión: el del interés privado.

CAPITULO I

LA INTEGRACION Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

INTRODUCCION

La integración es la utopía latinoamericana desde la emergencia de los nuevos estados en el siglo XIX, la misma que ha seguido un proceso constante de construcción y deconstrucción según las circunstancias históricas y las coyunturas políticas que la han marcado, además de la tendencia de los modelos económicos del siglo XX. Sin embargo la agenda que ha desarrollado la integración a lo largo de su consolidación no ha hecho sino incrementar y profundizar los niveles de conflicto en momentos en que el nuevo des-orden mundial imperante plantea un esquema prefijado en los paradigmas de un orden económico multipolar de sesgo neoliberal-corporativo, y un orden político unipolar cuya característica principal se esta dando en los parámetros de un neoliberalismo bélico.

A partir de estos rasgos, presentes en la nueva realidad mundial es evidente que los Tratados de Libre Comercio (TLC) han coadyuvado a la consolidación de la implantación no solo de una filosofía sino también de mecanismos jurídicos de sesgo neoliberal, toda vez que se han constituido desde los argumentos de la teoría económica liberal en la expresión de los intereses transnacionales,

promoviendo como consecuencia una serie de transformaciones jurídicas que han conducido a movilizaciones sociales.

Razón por la cual en el presente capítulo se abordará el tema de la integración y de los Tratados de Libre Comercio, TLC, de forma conjunta, a fin de lograr el objetivo central que radica en la contextualización histórica que servirá para la identificación de los sesgos fundamentales que han admitido los procesos de integración desde el siglo XIX al XXI en una primera parte. Para luego proceder al tratamiento de los ejes centrales del sistema jurídico de la integración desde su definición hasta sus problemas fundamentales, lo cual servirá al propósito de reconocer la importancia de la creación de un derecho comunitario para la sociedad internacional.

Después de estas dos partes, se incidirá en una tercera que versará sobre los Tratados de Libre Comercio desde una perspectiva de construcción y deconstrucción de los procesos de integración en la región americana en tanto el incremento en sus niveles de negociación y suscripción están produciendo efectos jurídicos que se están plasmando en una jurisprudencia internacional.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INTEGRACION EN LATINOAMERICA

En esta primera parte tal cual se indicara anteriormente se procederá a explicar los sesgos más importantes que han jugado un rol fundamental en el proceso de construcción y deconstrucción constante de la integración en el Continente Americano.

Porque se entiende que la integración en América si bien es un proceso novísimo en cuanto se refiere fundamentalmente al periodo de estructuración, debe reconocerse que ha sido siempre la utopía y el gran sueño no solo de Bolívar, sino también de Martí y Vasconcelos entre otros, y que para llegar a la conformación de

los bloques regionales y subregionales, que hoy por hoy, coexisten en el continente ha debido transitar un largo y sinuoso camino, cuyos primeros atisbos de esperanza se identifican en la emergencia de los Nuevos Estados emancipados de la Corona Española.

En este sentido la cronología que se puede establecer al respecto se desprende históricamente desde la formación de los Nuevos Estados independientes que abarcan el siglo XIX, la emergencia de los bloques regionales a consecuencia de la tendencia económica mundial del siglo XX y finalmente el nuevo enfoque de la “integración latinoamericana” en el siglo XXI.

I. LA FORMACION DE LOS NUEVOS ESTADOS: La integración y el Poder político (siglo XIX)

Evidentemente, la formación de los Nuevos Estados trajo consigo una serie de nuevos desafíos, como el de la construcción y consolidación de mecanismos internos de decisión y por que no decirlo de la priorización de una agenda interna frente a una externa debido un primer momento a la falta de experiencia y en algunos casos de visión, pero esto fue cambiando un vez que los distintos países fueron afianzándose social, política y económicamente, para luego trazar una mirada hacia fuera, sin embargo, hubo hombres tan preclaros como Bolívar, Martí, Vasconcelos entre otros que entendieron que la construcción de una sociedad sólida pasaba por la “unidad” de estos Estados, pero, quizás, las propuestas que mas se arraigaron en este ámbito fueron las planteadas por Simón Bolívar, mas conocido como el “Libertador”.

A. Bolívar y la Integración Latinoamericana

Simón Bolívar, desde el juramento que realizara en el Monte Aventino (Roma), hasta el 17 de diciembre de 1830 (Santa Marta) luchó incansablemente no solo por liberar del yugo español en principio a su tierra y luego a los otros territorios

vecinos, convirtiéndose con el tiempo en el Libertador de cinco naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), comprendiendo a partir de este hecho la real dimensión protagónica que estos podrían jugar a futuro en el contexto de la decisiones mundiales y que definiría su destino es que promovió la conformación de bloques basados en lo que él llamo como el *principio de igualdad jurídica de los estados*, lo cual implicaba un respeto absoluto a la soberanía de cada uno de éstos, fundando así el principio de la supranacionalidad como argumento central del ordenamiento jurídico comunitario, tal cual se conocen actualmente.

Fue en esta lógica que Bolívar en un primer momento planteo y llevo a la practica su diseño de la Gran Colombia (1819), pero, observando la posibilidad de establecer un organismo mas importante, propuso en la agenda del Congreso Anfictiónico de Panamá la formación de la Confederación Hispanoamericana (1826), que no pudiendo plasmarse en los hechos, y entendiendo la complejidad de la consideración de este tema, frente a un esquema donde el poder político se interpretaba, desde una posición individual antes que comunitaria, pretendió la conformación de la Confederación de los Andes.

A.1. La Gran Colombia

El 17 de diciembre de 1819, Simón Bolívar fundó la “Gran Colombia” en los territorios de Cundinamarca y Nueva Granada, bajo una estructura que admitía dos legislativos independientes, así como dos Vicepresidentes con un Presidente común a cargo de la política exterior y del ejército, en este caso el Libertador. A este proyecto se unió en 1822 Ecuador, siendo entonces reconocida internacionalmente la independencia de la Gran Colombia y en consecuencia en ese mismo año Estados Unidos nombró sus Cónsules y Agentes en la ciudad de Bogota la capital, lo propio hicieron Inglaterra en 1825 y Holanda en 1829.

A pesar de ser la Gran Colombia el proyecto estrella del Libertador no logró alcanzar la dimensión que pretendía en el ideal integrador, ya que este legado

histórico se enfrentó con problemas que originaron una crisis económica y fiscal, así como también cabe mencionar los sesgos político – militares de la misma, en tanto en 1826, cuando se vio una clara fragmentación de este proyecto en virtud sobre todo de los movimientos separatistas que surgieron en Venezuela a la cabeza de los Municipios de Valencia y Caracas el 30 de abril del referido año dirigidas por Miguel Peña y José Antonio Páez, que en noviembre de 1829 lograron su objetivo de separar a Colombia, siendo así que el 13 de enero de 1830 formalmente también se separa de este proyecto Quito, llegando a disolverse totalmente la Gran Colombia y es cuando Bolívar exclama su celebre frase “**are en el mar**”.

Al respecto la Fundación Polar señala que “la Gran Colombia queda como el mas ambicioso y noble de los sueños de Bolívar y el tributo perenne al Almirante del Mar Océano”¹

A.2 La Confederación Hispanoamericana

Posteriormente, Simón Bolívar, quien soñó alguna vez con ver a todo este espacio geográfico Unido en la dimensión económica y política, desarrolló con relación a esa idea la propuesta de conformar una Confederación Hispanoamericana como parte de su mas cara aspiración ya expresada en la Carta de Jamaica (1815) que señalaba que era una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre si y con el todo, ya que tienen un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse.²

¹ V. FUNDACION POLAR, *Historia de Venezuela*, Caracas. Abril 2003. [Internet] www.fundacionpolar.org 20 de octubre de 2005 12:00 a.m.

² Cfr. BOLIVAR Simón, *Carta de Jamaica*. Jamaica. 1815

Y siempre envuelto en esta lógica convoca en 1824 al Congreso Anfictiónico – en el sentido de que debían definirse los conflictos interno y alcanzarse una postura común-, el cual se celebró en la ciudad de Panamá en 1826, evento al que fueron invitados por Bolívar los gobiernos de México, Perú, Chile y Buenos Aires, no sólo a participar de este, sino también a formar parte de la Confederación que se pretendía establecer como resultado del mismo. Sin embargo, no asistieron ni Chile y mucho menos Buenos Aires, este último argumentó su ausencia en la consideración de que “La idea de establecer una autoridad suprema o sublime que regle los negocios mas importantes entre los Estados del Nuevo Mundo, es bajo todos los aspectos peligrosa y no seria extraño que llegara a ser el germen de guerras destructoras entre pueblos que tanto necesitan el sosiego de la paz”.³

Pero, los plenipotenciarios de los nuevos Estados, que si consintieron en asistir a dicho Congreso, deseaban sobre todas las cosas asegurar la independencia recién conquistada, en virtud de lo cual no reconocían y mucho menos querían una autoridad supranacional, en este sentido se pudieron observar posiciones muy tajantes como la del Perú respecto de una alianza que consagrara los principios democráticos, o la oposición sobre la libertad de comercio planteada por México, lo cual hacia que las propuestas contenidas en los tres Tratados que emergieron estuvieran condicionadas de inicio.

El primero de estos Tratados y quizás el mas importante fue el que a lo largo de sus 31 artículos planteaba la creación de la Liga y Confederación Perpetua de los Estados Hispanoamericanos, cuyo contenido estaba vinculado a la defensa común, la conciliación de diferencias y el mantenimiento de la soberanía, este ultimo resultando en el principio de la supranacionalidad, sin embargo, cabe indicar que este instrumento legal no fue ratificado, probablemente, por que no se estaba conforme con sus disposiciones, dejándose sin efecto el mismo, quizás debido a la incertidumbre o la susceptibilidad que producía el formar parte de un

³ Cfr. DE LAS HERAS, *Razones del Gobierno de Buenos Aires para no concurrir al Congreso de Panamá*. Buenos Aires. Opúsculo.

Estado prácticamente Continental, como ya lo expresara en su momento el General De las Heras.

Talvez, la desconfianza en este tipo de procesos unificatorios radicaba en la carencia de un referente republicano de estas características, aunque de alguna forma se había establecido una figura similar durante la Colonia a partir de la cual se reflejaban mas las desventajas antes que las ventajas, quedando claro que no había interés en atarse como estados aun conservando su soberanía a una Confederación, que entre otras cosas mantendría como un aspecto central de sus características la construcción de un bloque solidario en un periodo histórico donde aun se estaba configurando la imagen definitiva de los Nuevos Estados en función de sus fronteras y sus competencias.

El segundo Tratado al que se arribó en el Congreso Anfictiónico de Panamá fue aquel que contemplaba el Congreso a llevarse a cabo en Tacubaya (México), y que no se llevó a cabo en la fecha prevista, sino años mas tarde resultando de la misma la aprobación de la Liga Aduanera Hispanoamericana, que dejó fuera a Estados Unidos, este hecho provocó que el Presidente Guadalupe Victoria y Alaman fueran derrocados y que dicho instrumento no fuera ratificado.

Por otra parte, el contenido del Tercer Tratado establecía la formación de un ejercito común de 60.000 hombres, lo cual desde ya demuestra que las sospechas del General de las Heras no eran infundadas ya que el contexto no era el apropiado para fomentar un proceso de integración si lo que todavía se mantenía subyacente era la certidumbre expansionista de los nuevos estados, a objeto de consolidar su dominio y por ende su poder a través de la creación, consolidación y anexión de otros espacios geográficos.

Los alcances fundamentalmente políticos de estos Tratados, tienden como ya se indicó a preservar “la soberanía e independencia de todas y cada una de las

potencias confederadas de América contra toda dominación extranjera”⁴, sentando con esta premisa las bases de lo que se denomina como la corriente hispanoamericanista, en tanto al crear la mencionada Confederación de Naciones, Bolívar, dejaba de lado a aquellas que no eran parte del acervo cultural hispano, es decir, que no compartían idioma fundamentalmente, lo cual marginaba tanto al Brasil cuanto a Estados Unidos. Esta doctrina, evidentemente, contradictoria a la propuesta por Monroe en su momento, que a diferencia de la planteada por Bolívar, sostenía sus bases en la protección de las naciones americanas de las influencias o agresiones europeas, pero, que no admiten, sin embargo, un sesgo incondicional, sino muy al contrario, su tendencia se encuentra enmarcada en los parámetros de dominio interno, es decir, sobre las naciones americanas a través de la creación y consolidación del intercambio comercial.

A.3 La Confederación de los Andes

Después del fracaso de Panamá, Bolívar intentó conservar la idea de la integración y proyectó esta aspiración en la formación de la Confederación de los Andes, la misma que se regiría por el Código Bolivariano que consistía en que cada Estado tendría un Vicepresidente y un Legislativo que se ocuparían de los asuntos internos y la figura de un Presidente común responsable de las relaciones internacionales y el ejército Confederal, lo cual a todas luces otorgaba ventajas a esta nueva alianza de países, por la fuerza económica y política que adquiriría ante las otras naciones del continente, pero sobre todo ante la naciente consolidación de dominio de los Estados Unidos.

Razón por la cual no se puede dejar de interpretar que el origen de la Confederación de los Andes para Bolívar se hallaba en la necesidad de establecer un bloque único y por ende de proyectar un poder absoluto a futuro, hecho que permitiría acceder desde una extensión y recursos más diversos a una economía

⁴ Vid, NUEVA GRANADA, *Tratado de Unión Liga Confederal Hispanoamericana*. Congreso Anfictiónico de Panamá 1826. Congreso de Venezuela. Documentos. Caracas.

y relacionamiento más favorables. Esta propuesta Bolivariana puede comprenderse como el último reducto de la esperanza en cuanto al ideal de integración y unidad continental que como legado histórico pretendía dejar el Libertador, ya que no llegó a consolidarse.

B. Otros Procesos Integracionistas

Sin embargo, de los anteriores diseños propuestos por Simón Bolívar en la idea de construir procesos de integración en la región, que viabilizarían y potencializarían el rol de los Nuevos Estados emergentes, que en principio no admitieron sino críticas y muestras de desconfianza, y que después algunos estadistas comprendieron la exacta dimensión de la visión del Libertador intentaron plasmar sus ideas, es así que muy bien se puede citar a la Confederación Perú-Boliviana, debido a la importancia y el impacto internacional que tuvo, porque además de llevar el sello inequívoco de Bolívar, formó también parte de la aspiración política de un gran hombre como fue el Mariscal Andrés de Santa Cruz .

B.1 Confederación Perú - Boliviana

La Confederación Perú – Boliviana, que suscribieron el Mariscal Andrés de Santa Cruz por Bolivia y José de Orbegozo por Perú en Tacna (Perú), como resultado del Congreso de Tapacari y de las Asambleas de Sicuani y Huara, ya que los tres Estados (Sur y Norte del Perú y Bolivia) ““(…) animadas del justo y noble designio de que por este nuevo sistema se afiancen la paz interior y exterior y la independenciamiento de cada una, queriendo al mismo tiempo alejar para siempre todo motivo que en un estado de aislamiento pudiera alterar las relaciones de fraternidad”⁵, y cuyo objetivo fundamental de esta Confederación se halla consignada de forma clara en su art. 2, que indica que es el “mantenimiento de la

⁵ V. BOLIVIA – PERU, Parte Introductoria. *Ley Fundamental de la Confederación Perú- Boliviana*. 1º de mayo de 1837

seguridad interior y exterior de las Republicas Confederadas”⁶, esta afirmación no hace mas que reflejar el verdadero contexto que enfrentaban los Estados en ese momento, ya que se infiere de la misma una serie de circunstancias que atentaban contra la consolidación del proceso independentista.

Sin embargo, a pesar de sus intenciones esta Confederación no tuvo mucho tiempo de vigencia en tanto se suscitó un movimiento por parte de Chile con fines claramente separatistas, cuyas causas mas evidentes pueden inscribirse en la rivalidad comercial que sostenían éstos con Perú, así como las deudas que éste último tenía con el anterior, toda vez que había sido beneficiario de un empréstito que nunca canceló, a este hecho se unió la actitud de Santa Cruz de cobijar a Ramón Freire quien participara en un complot para derrocar a Prieto y Portales lo cual desencadenó una política diplomática agresiva de parte de la Republica de Chile, llegándose incluso al enfrentamiento, cuyo triunfo en la Batalla de Yungay en 1839 produjo consecuencias muy graves para la Confederación, ya que disolvió la misma, estableciéndose entonces una supremacía comercial chilena por sobre el Perú y Bolivia.

Esta Confederación fue la primera y última manifestación seria de consolidación de un proceso de integración con características principalmente supranacionales en el siglo XIX, y la que por otra parte traslado la “integración” desde la categoría ideal a la realidad.

C. Los Conflictos Bélicos: Un camino a la “desintegración”

Si bien en la primera parte del siglo XIX (1800 – 1840) se puede observar no sólo un incremento de ideas libertarias que fueron cobrando cuerpo a medida que se dieron los procesos emancipadores en cada uno de los territorios dependientes de la Corona Española, y que luego derivara en una idea común de varios de los protagonistas mas importantes de este primer momento, que admitía la

⁶ Ibid.

configuración de un solo estado, respetando las individualidades y que no logró prácticamente instalarse definitivamente en el acervo cultural y político de ese tiempo, mucho más aún si se ven los conflictos bélicos que reconfiguraron los límites de estos Nuevos Estados-Nación en una lógica de expansionismo y dominio como los que se dieron entre Argentina con Brasil, emergiendo de esta última como única solución al conflicto la creación de la República Oriental e Independiente del Uruguay en 1827.

En este sentido el segundo periodo comprendido sobre todo de 1841 a 1899 no estuvo exento de una multiplicidad de cambios y de enfrentamientos quizás por ser una etapa que respondía a un asentamiento económico, a una discrecionalidad política y social sobre todo porque habiéndose traducido en relaciones bilaterales estas se vieron afectadas por las conductas de apropiación territorial que predeterminaron no sólo la futura configuración de los Estados sino que también por otra parte condicionaron estas relaciones a partir de un contexto que solo se entendía en la lógica más bien de una vocación desintegracionista y anexionista, lo cual se reflejó en los conflictos bélicos que enfrentaron a Bolivia con Chile en la Guerra del Pacífico, a Venezuela con Colombia, a Ecuador con Perú entre otros.

Por otra parte también se puede observar que la idea integracionista persistió de alguna forma en las conductas estatales sin querer ir más allá que la traducción de acciones que ya se vislumbran en el **Encuentro de Lima** celebrado del 11 de abril de 1847 al 1º de marzo de 1848 al que concurrieron plenipotenciarios de Bolivia, Chile, Ecuador, Nueva Granada y Perú y que se plasmó en la suscripción de Tratados de Confederación que pretendían la unidad de dichos estados, así como de fomento al intercambio comercial, y de dos Convenios sobre temas Postal y Consular que no hicieron sino demostrar una intención que deviene de la necesidad de consolidar estructuras internas y crear y profundizar los lazos comerciales ya existentes, sin embargo no se ratificaron dichos Tratados.

Siguiendo esta lógica se convocó a la **Reunión de Santiago** celebrada en esta ciudad en 1856 sobre las “Bases de Unión para las Repúblicas Americanas”⁷ que planteaba cuatro objetivos importantes vinculados a: a) el establecimiento de Principios Generales del Derecho Internacional Americano, b) la acción frente a posibles agresiones, c) los pasos conciliatorios antes de actitudes hostiles, y d) la creación de un Congreso de Plenipotenciarios, que bien podría considerarse como la idea primigenia de la formación de la OEA. Este Tratado que fuera suscrito por Chile, Ecuador y Perú, aceptado en principio por América Central y Venezuela fue rechazado por Argentina, Bolivia, Brasil, Estados Unidos de Colombia, Paraguay y Uruguay.

Pero, el espíritu integracionista no solo ha formado parte del acervo cultural de entonces, sino también pasó a constituirse en la utopía de su tiempo, y en ese sentido se tienen los ideólogos de una nueva generación de “integracionistas” si vale el termino como lo fueron Martí, Francisco de Bilbao, Rodó, Ugarte, Hostos entre otros, quienes en su momento plantearon lineamientos y estrategias en este sentido, demostrando una vez mas que había proyectos individuales que reconocían la importancia de consolidar una relación interestatal de esta naturaleza.

II. EMERGENCIA DE BLOQUES REGIONALES: La Integración y El Poder económico (Siglo XX)

El siglo XX estuvo marcado por una serie de eventos que reconfiguraron la faz de las relaciones internacionales en tanto en este periodo se produjeron las dos guerras mundiales, la Primera de ellas estableció los parámetros de una vinculación basada en la “ideología” a partir de 1917, y que de alguna forma coadyuvo a la formación de la Sociedad de Naciones en 1919, con la participación de mas de 40 Estados, cuyo objetivo fundamental era “(...) hacer posible una

⁷ Cfr. PINILLOS Maria de las Nieves. *Los Proyectos de Integración Iberoamericana.*, Buenos Aires Siglo XIX. 1996, P. 10

seguridad colectiva que garantizase la integración de todos los Estados, fuertes y débiles, el arbitraje de los conflictos internacionales y el desarme”⁸ en otras palabras lo que se pretendía era establecer un organismo que garantizara la paz mundial.

Pero, este organismo supranacional no logró su objetivo fundamental al haberse suscitado la II Guerra Mundial, donde las agresiones nazi-fascistas demostraron la ineficacia de dicha entidad, conduciendo a ésta a su inexorable fin sobre todo por que se pudo en esta confrontación bélica internacional verificar el nivel del poder autodestructivo del hombre no solo a partir de la planeación de una “Solución Final”, sino también del uso de la bomba atómica en Hiroshima y Nagasaki.

Después de este enfrentamiento bélico en la que participaron varios países -que por entonces eran 43-, en un proceso eminentemente de transformación haciendo uso de su subjetividad, determinaron disolver la Sociedad en Naciones quedando en evidencia el vacío que dejó esta decisión y como consecuencia de los hechos suscitados y los crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial, se vio la necesidad de establecer un organismo interestatal que no sólo protegiera a los Estados, sino también promoviera el principio de la paz, sobre todo en un contexto en el que parecía originarse un movimiento descolonizador en el mundo entero y por ende un incremento de los Nuevos Estados, y fue así que se redactó la Carta Borrador en la Conferencia de Dumbarton Oaks, llevada a cabo de agosto a octubre de 1944 en Georgetown, Washington, siendo aprobada definitivamente en la Conferencia de San Francisco en 1945, surgiendo así la Organización de Naciones Unidas (ONU) y en el plano continental la Organización de Estados Americanos (OEA).

⁸ V., SOCIEDAD DE NACIONES, *Historia de las Relaciones Internacionales (Siglo XX)*. www.historiarelacionesinternacionales.org 15 de noviembre de 2005. 18:15 pm

En este sentido, es importante reconocer que las características que admitió la filosofía integracionista a partir de los acontecimientos previamente mencionados estuvieron relacionadas con la formación tanto de Organismos Interestatales de Integración Regional así como de los Organismos Interestatales de Integración Subregional.

A. Los Acuerdos Regionales de Integración Americana

El nuevo orden mundial que se generó a raíz de las consecuencias que trajo consigo la II Guerra Mundial, que de principio se enmarcaron en la redistribución territorial que se hiciera entre los aliados, así como de una nueva estructura económica basada en la diferencia norte-sur -que condicionó el vínculo entre los Estados latinoamericanos- condujo a la necesidad de establecer un mecanismo adecuado frente al rediseño de la agenda internacional, propiciándose de este modo en el Continente la suscripción del Acuerdo Latinoamericano de Libre Comercio (ALALC), cuyo objetivo principal respondía a la constitución de una Zona de Libre Comercio (ZLC), el mismo que debía llevarse a cabo en un periodo de 12 años y que luego por las circunstancias que brindaron las asimetrías económicas y políticas se prorrogaron a 20.

La labor de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en esta lógica era eliminar gradualmente todos los gravámenes y restricciones que obstaculizaran el intercambio comercial entre los estados miembros, mediante lo que se denominó como “listas nacionales” y “listas comunes”. Es por eso que se puede afirmar que el origen del proceso de construcción de la integración americana se infiere de la conformación de este organismo interestatal que constituyó un Acuerdo Regional de Integración que planteaba la aceleración de los programas nacionales con el objetivo de lograr un sistema integrador, además de un trato preferente a los países de menor desarrollo, ya que pretendía responder a las necesidades sociales y políticas de sus países miembros (Argentina, Brasil,

Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Bolivia).

En este sentido, a fin de cumplir con las disposiciones contenidas en el Tratado de Montevideo (TM60) se promovieron acciones multinacionales de infraestructura, medidas que tendían a mejorar el comercio internacional, a fomentar el aumento de la productividad agropecuaria mediante la modernización de la vida rural, y del desarrollo educacional científico-tecnológico. Sin embargo, estos propósitos fundamentalmente amplios enfrentaron en su ejecución varios problemas entre ellos, debido a las conductas económicas, políticas y jurídicas de los Estados.

El primero de estos problemas (económicos) se debió al decrecimiento que se manifestó hasta los niveles del estancamiento que sufrió la figura del trato preferente, que se otorgaba según el desarrollo de los Estados, lo cual antes que nada obstaculizaba el proceso integrador, sobre todo desde la aplicación de una filosofía proteccionista.

En cuanto a los problemas jurídicos que se observan durante la vigencia del Tratado de Montevideo, resalta sin duda el del incumplimiento de sus disposiciones anexas, que en combinación con las asimetrías y los problemas de inestabilidad económica no garantizaban en forma alguna una política de intercambio comercial, mas aun si se iba de la mano de procesos políticos de facto donde la única prioridad de la agenda interna e internacional era la lucha contra el comunismo y en esa lógica la persecución política adquiría los ribetes mas importantes por sobre incluso la necesidad de establecer y consolidar relaciones interestatales que coadyuvaran a desarrollar un nivel de integración adecuado.

Es así que tanto el desarrollo desigual, mas la mutación conceptual de la integración y el establecimiento y priorización de las relaciones bi antes que las multilaterales condujeron al manejo monopólico de los beneficios emergentes del intercambio comercial, indicando a todas luces un rol individualista antes que

integrador, un desafío a las normas predeterminadas, lo que motivo el fracaso de dicho organismo interestatal. En este sentido, Young señala que lo “logrado y lo frustrado fueron resultado de la acción individual y colectiva de todos aquellos comprendidos en la ALALC.”⁹

Como consecuencia del fracaso de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), los estados miembros decidieron disolver el mismo y fundar sobre los principios del anterior a través de un nuevo Tratado de Montevideo (TM80) la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que antes de nada -es un proceso que admite mas bien la forma de un tratado de libre comercio singular-, en virtud de su esencia fundamentalmente multilateral tiende a consolidar el intercambio comercial desde el momento de la apertura y la promoción de políticas de diversificación y expansión de mercados. Y en este sentido, forman parte del mismo no solo los países que estaban en la ALALC, sino también los que adquieren una calificación de adherentes como son El Salvador, Honduras, Guatemala, Republica Dominicana, España y Portugal.

Este nuevo Tratado que se diferencia del anterior que pretendía el establecimiento de una zona de libre comercio, porque se orienta a la formación de un área de preferencia económica con vistas a lograr el ambicionado mercado común latinoamericano desde una perspectiva de gradualidad y de promoción de un comercio reciproco, a cuyo objeto se plantean mecanismos destinados a lograr ese fin, consignándose como parte de éstos a los acuerdos de alcance parcial, de complementación económica, así como los acuerdos de alcance regional.

Por otra parte, la ALADI da cabida en su normativa tanto a los acuerdos subregionales cuanto a los bi y multilaterales de integración como son por ejemplo la Comunidad Andina, Grupo de los Tres, el MERCOSUR entre otros. En esta línea se han suscrito hasta el momento mas de 50 Acuerdos Bilaterales en

⁹ Cfr. YOUNG Juan, “*Evaluación Crítica de los procesos de Unidad Latino Americana. Perspectivas Futuras y Soluciones Alternativas*”. Por la Unión Latinoamericana, Caracas, Editorial Fondo Latinoamericano de Cultura Popular. 1º Edición, 1987, p. 93

el contexto Subregionales, así como también se pueden mencionar otros muchos (11) acuerdos de “nueva generación”, calificados así por la propia ALADI en virtud de su contenido, ya que bien se puede observar que en casi todos se establece la eliminación de las restricciones no arancelarias, así como también normas de promoción y protección de la inversión y de la integración física, basada en la cooperación.

Con estos elementos la ALADI pretende ante todo la revitalización del esquema integrador y en esta lógica como organismo intergubernamental y a diferencia de otros acuerdos y tratados expresa una serie de principios contenidos especialmente en su art. 3 como son el: *Pluralismo* entendido a partir de la voluntad de los países en materia de actitud política frente a objetivos, *Convergencia* que se infiere deviene de las relaciones de multilateralidad que esta promueve, de *Flexibilidad* en tanto se refiere a la capacidad de concertación para los acuerdos que tiendan a través de los distintos ajustes establecer las condiciones para el fortalecimiento del proceso en si. Por otra parte también se encuentran los *Tratamientos diferenciales* como los mecanismos que buscan el logro de un alcance regional y finalmente la *Multiplicidad* que se da mediante las distintas formas concertadoras en la apertura y ampliación de los mercados regionales. Y es bajo estos principios que el TM80 plantea su argumento más sólido cuando indica que: “La solidaridad latinoamericana es un requisito indispensable para la eficaz protección de los intereses comunes y la preservación del objetivo de un desarrollo conjunto de la región (...)” (art. 85)¹⁰

Por otra parte hay que reconocer también que la extrema flexibilidad que a diferencia de la ALALC aplica la ALADI, constituye la base sólida de la economía como punto de origen sobre todo en el nuevo contexto de la interdependencia que plantea el nuevo regionalismo. Ya que busca adoptar una visión global de los temas de integración, asumiendo su misión desde un marco sistémico en el que lo económico, lo político, lo social y lo cultural se afectan y condicionan en una

¹⁰ V. ALADI artículo 85 del Tratado de Montevideo de 12 de agosto de 1980,

realidad siempre compleja.¹¹ Entendiéndose a partir de estos aspectos que no es posible la consolidación de estos procesos que involucran intercambio comercial desde una lógica mecánica, sino más que esta debe enmarcarse en los parámetros de la dialéctica.

B. Los Acuerdos Subregionales de Integración

Así, como se han dado los Acuerdos Regionales en la perspectiva de establecer los parámetros básicos de los procesos de integración no es menos cierto que los mecanismos que se implantaron para consolidar éstos haya tenido todo el éxito esperado en virtud de lo cual se han promovido una suerte de desavenencias y disconformidades entre los Estados Parte, lo cual ha conducido a una solución alternativa que se ha expresado en la suscripción de Acuerdos Subregionales los mismos que a su vez han ido variando en sus tendencias respecto de sus objetivos y alcances debido al contexto socio-político de su formación que en un primer momento comprendió la fase de transición de la transferencia de recursos, a la dictadura (1960-1970) y de esta a la conquista del proceso democrático (1970-1980), para luego ingresar a una segunda etapa que se entiende a partir de la reestructuración de la agenda integradora (1980-1990), y por último el tiempo de las alianzas estratégicas (1990 – 2000).

B.1 De la Transferencia de Recursos a la Democracia (1960 a 1980)

En cuanto a este punto se debe indicar que el primer Organismo Interestatal de estas características tuvo sus antecedentes en el Programa Centroamericano de Integración en 1951, contando entonces con el apoyo de la CEPAL, cuyo objetivo fundamental era lograr alcanzar un proceso de integración de características graduales y progresivas respecto de sus medidas económicas, es así que se pueden distinguir sobre todo en el caso de la configuración centroamericana tres

¹¹ V. ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INTEGRACION. *Cátedra Latinoamericana para la Integración*. www.aladi.org 20de octubre de 2005 14:00 p.m.

periodos importantes: el primero de ellos aborda un corte histórico de 1961 a 1980 que refleja no solo la suscripción del Tratado General de Integración económica Centroamericana, a través del cual prácticamente se validó la conformación del MCCA, con la participación de Honduras, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador y Guatemala, bajo un régimen de libre comercio cuyos objetivos estaban vinculados a la equiparación de gravámenes (arancel uniforme), y a fomentar los procesos de industrialización enmarcados en los principios de reciprocidad y equidad. Sin embargo estos no fueron suficientes, pues lo que se puso en evidencia fue mas bien una distribución inequitativa de los beneficios emergentes del intercambio comercial, lo cual produjo una crisis en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el referido instrumento.

Pero, no todo fue negativo, también hubieron cosas positivas que aportaron al proceso de integración pues se notó su influencia en el crecimiento del flujo de comercio entre los países firmantes del Tratado, en este sentido la OIT reconoce que “la proporción de comercio intra-regional dentro del total subió de menos del 7.5% hasta el 25% entre 1960 y 1980”¹² cabe indicar también que el Mercado Común Centroamericano no fue en este tiempo el único proceso de integración que tuvo que enfrentar esta serie de problemas coadyuvado por la nueva agenda económica internacional, sino que también se pueden observar que el Acuerdo de Cartagena suscrito en 1969 en Colombia, conformada en principio por Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Chile, posteriormente por Venezuela; que emergió a consecuencia de la política de inequidad en la distribución de los beneficios en el seno de la ALALC, condicionando de forma indirecta el fracaso de la esta última en virtud de que su creación no correspondía con los objetivos y las bases planteadas por este organismo, fundamentalmente, porque establecía un organismo dentro de otro enfrentando por ello serios problemas.

¹² Cfr. EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO OIT, *El Proceso de Integración Centroamericano en Perspectiva*. San José de Costa Rica. [Internet] www.oit.org 21 de octubre de 2005 15:00 p.m.

Aunque es evidente que al principio el Grupo Andino recibiera múltiples críticas de parte de la ALALC, y de otros estados, lo cierto es que “durante sus primeros años de vigencia (...) estuvo inmerso en una espiral altamente dinámica coadyuvando al fomento del crecimiento económico y comercial de la región, contribuyendo de igual forma al establecimiento de aspectos sociales y culturales, pero no todos los instrumentos facilitaron esta dinámica y funcionaron siempre de forma eficaz”¹³ lo cual ya es un referente de las circunstancias de ese tiempo y la relación que el Acuerdo de Cartagena tuvo en contextos fundamentalmente dictatoriales, donde la armonización de políticas y la coordinación de planes de desarrollo no alcanzaron el nivel requerido en virtud de la concepción de facto que basada en una filosofía económica altamente proteccionista desmerecía y despreciaba las bondades que podía aportar en ese tiempo este proceso integrador.

Esta corriente integradora logró involucrar a los Estados del Caribe, que a partir de 1968 suscribieron el instrumento constitutivo denominado como “Acuerdo Dickenson Bay”, cuyo objetivo estaba centrado en alcanzar un régimen regulatorio de la liberación del comercio intra-regional a través de la formación de una Asociación de Libre Comercio. Y en este sentido una vez consolidado el proyecto y suscrito el The Caribbean Free Trade Association (CARIFTA), se consiguió establecer los parámetros de un proceso integrador que adquiriría su momento mas importante en la VII Conferencia de Jefes de Gobierno (1972), donde se decidió transformar el CARIFTA en un Mercado Común bajo los principios de cooperación funcional y coordinación de políticas frente a terceros países, suscribiéndose finalmente en 1973 el Tratado de Chaguaramas que da origen a la Comunidad del Caribe (CARICOM) con la participación de Guyana, Jamaica, Trinidad y Tobago, Antigua, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Monserrat, San Cristóbal – Nieves, Santa Lucía, y San Vicente. Este Tratado pretende entre otras cosas pretende lograr una Unión Aduanera, así

¹³ Cfr. BAYA María de la Cruz, *Derecho y Procesos de Integración.*, Cochabamba, Editorial OMEBA. 1ª Edición. 2004. P. 61

como la coordinación de políticas extranjeras, y la cooperación en los aspectos sociales.

B.2 La Reestructuración de la Agenda Integracionista (1981 – 1990)

A diferencia de las dos décadas anteriores los procesos de integración ya existentes tuvieron que seguir enfrentando diversos inconvenientes fundamentalmente de tendencia económica, dado que en la gran parte de los países que se vieron involucrados en una crisis económica muy fuerte donde eran evidentes la hiperinflación, la devaluación del dólar, provocadas por los compromisos devinientes de la deuda externa, aunque en otros casos era posible vislumbrar problemas políticos que impidieron cumplir las disposiciones que si bien en un momento intentaron paralizar y en otros lograron disolver los efectos de este fenómeno continental. Ante todas estas circunstancias procesos de integración como el MCCA, debido principalmente a los movimientos armados presentes en El Salvador y Nicaragua y la consecuente inseguridad subregional que se planteaba no lograron revertir el proceso, quedando prácticamente en el olvido.

En este sentido, se debe indicar que este periodo es mas conocido en el contexto de los países latinoamericanos como la “década perdida” en tanto supuso un tiempo de rediseño que permitió reconstruir las relaciones interestatales en la perspectiva de reactivar los procesos de integración estancados en el caso del Pacto Andino, y disuelto en el del Mercado Común Centroamericano, hecho que puso en evidencia que las consecuencias de la desarticulación de los procesos de integración en cuanto se refiere sobre todo al caso del MCCA se pudo advertir la fuga de capitales, la paralización de la economía y por ende el decrecimiento del comercio intra-zonal, en virtud de lo cual la OIT afirmaba que “en la segunda mitad de los años ochenta el tema de la integración centroamericana recupero una posición central en la agenda política de la subregion”¹⁴, mientras que el Pacto

¹⁴ V. OIT, Documento del Equipo Multidisciplinario. Ob cit. [Internet] www.oit.org

Andino reconoció la carencia de mecanismos efectivos, lo cual debilitaba el proceso resultando en la falta de credibilidad porque parecía que el mismo solo obedecía a una política coyuntural cuyas perspectivas no eran nada prometedoras en tanto la permanencia no era uno de sus atributos formales y si por el contrario la esporadicidad.

Probablemente, debido a este hecho es que la prioridad que empezaron a adquirir en la agenda interna de la política exterior de los estados, los distintos procesos de integración devino sin duda de la voluntad política vinculada al interés económico – comercial de los países miembros de cada uno de estos organismos, entendiendo que a partir de una realidad en proceso de estabilización se requería contar con todos los elementos que coadyuvaran a plantear una imagen de viabilidad frente a las naciones del mundo a fin de obtener beneficios emergentes de probables inversiones.

B.3 Las Alianzas estratégicas (1991 – 2000)

Durante estos años se vio que los procesos de integración adquirieron la dimensión de una estrategia de alianzas en un contexto donde parece haberse conseguido el objetivo fundamental de estabilización económica y de certeza jurídica a través de las distintas adecuaciones normativas que permitían lograr una imagen internacional de países competitivos, atractivos y seguros para la inversión extranjera.

En esta lógica tanto el Pacto Andino, ahora denominado Comunidad Andina (CA), como el Mercado Común Centroamericano (MCCA) convertido en el Sistema de Integración Centroamericano (SICA) y la Comunidad del Caribe (CARICOM), así como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), establecieron prácticamente los nuevos ordenes jurídicos comunitarios en el Continente.

No se puede ignorar que esta política de alianzas que se desprenden del alcance que van planteando la creación de sistemas jurídicos de integración generó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) mediante el Tratado de Asunción, como resultado de la voluntad que Argentina y el Brasil tuvieron al “(...) conjugar y coordinar los esfuerzos de los respectivos gobiernos para la revitalización de las políticas de cooperación e integración entre las naciones latinoamericanas”¹⁵ estableciéndose desde ese momento las condiciones apropiadas para la estructuración de un proceso de integración consolidada en dicho instrumento jurídico, cuyos objetivos fundamentales están orientados a la ampliación de mercados internos, el aprovechamiento eficaz de los recursos y la conservación del medio ambiente.

El mencionado Tratado de Asunción si bien fue creado como un instrumento que promoviera la inversión de capitales y el intercambio comercial ha demostrado ser un proyecto de integración abierto al comercio mundial, hecho que se manifiesta en la eliminación de barreras artificiales al comercio de la región. Sin embargo también al igual que en los otros casos se puede advertir una serie de problemas originados por la heterogeneidad de los países miembros (Uruguay, Argentina, Brasil, y Paraguay), la misma que se manifestó en el desequilibrio de poder al interior del esquema, lo cual sin duda se expresó posteriormente en una marcha cada vez más deficiente, coadyuvada por la falta de una armonización normativa, traduciéndose en un malestar económico, político y social.

Todo esto condujo hacia un bipolarismo convergente entre Argentina y Brasil, lo que conflictuó la relación entre los Estados miembros en relación a la confluencia de los intereses y también de las voluntades políticas de continuidad, pero no por ello se debe dejar de reconocer los grandes logros alcanzados por el MERCOSUR ya que en este periodo transitó de una zona de libre comercio hacia una unión aduanera aunque imperfecta, sin embargo, bastante ventajosa para la economía

¹⁵ Cfr. JAGUARIBE Helio, *Novo Cenário internacional*. Conjunto de Estudos, Rio de Janeiro Editorial Guanabara. 1ª Edición. 1986, p 170

sub regional. Pero, a pesar de todo todavía no cuenta con una institucionalidad avanzada, ya que según Van Klareen “ha evitado sistemáticamente cualquier atisbo de supranacionalidad en su estructura”¹⁶ quizá por el temor que ya tuvo en su momento Gran Bretaña respecto de la Comunidad Económica Europea de perder “soberanía”.

Por otra parte, en cuanto se refiere al Mercado Común Centroamericano (MCCA) estos años significaron la revitalización y el afianzamiento del proceso en la región, toda vez que los países centroamericanos alcanzaron la madurez requerida para la recepción de proyectos de inversión. Así mismo es preciso hacer hincapié que para la integración implicó una etapa de institucionalización, que dotó no sólo de seriedad al proceso, sino también que fue resultado de la paz, la estabilidad y la democracia reconquistadas.

Respecto de la Comunidad del Caribe (CARICOM) este periodo de tiempo representó el avance hacia un Mercado Único, cuyas metas se fijaron en la eliminación gradual de las barreras y restricciones, el libre movimiento de bienes, servicios, capitales y tecnología.

Mientras, que para la Comunidad Andina esta etapa significó al igual que para las otras zonas la implantación de políticas económicas basadas en principios privatizadores y de desregulación financiera, que condujo al incremento de los niveles de marginalidad y pobreza, provocando que por los ribetes de inestabilidad e inseguridad jurídica se comprendiera a varios de los Estados miembros como exportadores de violencia donde el fomento a la confianza se ha convertido en el nuevo desafío de este proceso sobre todo por las problemáticas que están definiendo la imagen internacional en torno al narcotráfico, la guerrilla y los problemas de gobernabilidad.

¹⁶ Cfr. VAN KLAREEN Alberto, et. al *Regionalismo y Multilateralismo una convergencia necesaria*. En “El futuro del libre comercio en el Continente Americano análisis y perspectivas”, México, UNAM. 1997, p. 56

III. EL NUEVO ENFOQUE: La Integración y el Poder Transnacional (Siglo XXI)

A diferencia de la etapa anterior esta contempla el despertar de un nuevo milenio y con ello a los desafíos emergentes del “nuevo des-orden internacional” cuyos antecedentes mas cercanos se encuentran en la segunda mitad de la ultima década del siglo XX a partir de la configuración especial que han adquirido las relaciones internacionales en un contexto donde el predominio político se somete al predominio económico de las empresas transnacionales.

quizás, esta dimensión doctrinal sea consecuencia de la concepción que ha adquirido el mercado global que promueve la teoría de la “obsolescencia de las fronteras”, fundamentalmente a la hora de establecer una línea de inversiones de las corporaciones multinacionales, que dicho sea de paso hoy mas que nunca se han constituido en los actores principales de las “relaciones económicas internacionales”.

Al respecto, Pablo González afirma que el problema se encuentra en que “(...) la globalización es un proceso de dominación y apropiación del mundo. La dominación de estados y mercados, de sociedades y pueblos se ejerce en términos político – militares, financiero-tecnológicos y sociológico-culturales (...)”¹⁷, lo cual traduce el verdadero contexto en el cual se desarrollan actualmente las relaciones económicas de los Estados.

Y entonces, es preciso indicar que esta internacionalización económica provoca inexorablemente una necesidad de repensar la relación entre las corrientes epistemológicas de mundialización y regionalización, y es en estas circunstancias que los gobiernos hasta el momento que son los que prácticamente han decidido de forma autónoma, acerca de las inversiones extranjeras respecto principalmente

¹⁷ V. GONZALES Pablo, citado por John Saxe – Fernández, *Globalización e Imperialismo*. EN *Globalización: Crítica a un paradigma*. UNAM. Pág. 12

de las adquisiciones de bienes y servicios, en los últimos años, como producto del despliegue de la nueva política económica y de los Programas de Ajustes Estructurales (PAE) -en los que se han visto sumergidos los Estados-, y que en virtud de ello se ha debido recurrir a la creación de normas que permitan conjuncionar con la idea de conseguir una estabilidad económica que favorezca a su vez la consolidación de la democracia con la participación cada vez mas agresiva de parte de las transnacionales no sólo en los diseños de esta política económica, sino también en el diseño del marco legal requerido.

Como una secuencia lógica de esta conducta se ha suscrito el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA/TLCAN) en 1992, mismo que entró en vigencia en 1994 y que sin duda ha marcado hitos fundamentales que afectan sobre manera los principios de la integración y también del desarrollo, así como a la consolidación y por ende a la credibilidad de los procesos de integración en si.

Por otra parte, la nueva corriente de los Tratados que emergen de un sistema mundial de gobernabilidad comunitaria sirve para “preparar procesos adecuados a la gestión del pluralismo”¹⁸. Sin embargo, para Antonio Erales: “La formación de bloques económicos formales o virtuales, es una tendencia contraria a la globalización. De hecho, esta regionalización es un proteccionismo disfrazado de globalización (...),¹⁹ esta afirmación no hace sino demostrar que el nuevo milenio sin duda esta planteando mutaciones en la forma de encarar los procesos de integración, y en este sentido, se pueden mencionar los pasos primigenios que se dan en virtud de esta tendencia a través del incremento de la negociaciones y suscripciones de tratados de libre comercio que a diferencia de los anteriores establecen como su fundamento lo económico, es quizás por eso que los TLC se han puesto de moda, porque además se encuentran en la dimensión de protección a la inversión extranjera, así como los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y de los Acuerdos Multilaterales de Inversión (AMI) entre otros.

¹⁸ V. CLEVELAND Herland, *Nacimiento de un nuevo mundo*, Madrid, El país-Aguilar. 1994, p. 74

¹⁹ V. ERALES Antonio. *La pequeña empresa exportadora*, México. Panorama Editorial. 1995, p.43

A. La Comunidad Sudamericana de Naciones

Si bien la integración desde sus orígenes bolivarianos ha sido sin duda una de las mas grandes aspiraciones de los pueblos latinoamericanos, parece ser que a partir del 9 de diciembre de 2004 hubiese alcanzado su máxima expresión de unidad una vez suscrita la Declaración del Cuzco que concreta el proyecto de la tan ansiada Comunidad Sudamericana de Naciones, lo cual es un hecho importante, toda vez que es el resultado de la fusión de voluntades de dos bloques como son la Comunidad Andina y el MERCOSUR, sin embargo, es pertinente en este punto hacer algunas precisiones acerca de las características que admite este nuevo organismo a fin de evitar confusiones en los aspectos esenciales del mismo.

En este sentido, se debe indicar entonces que la Comunidad Sudamericana de Naciones no es mas que el resultado de la evolución del proceso y de las condiciones económicas y políticas de la región, ya que es evidente que si bien en el siglo XIX se planteo la oportunidad de generar una Liga Confederal de los Estados Hispanoamericanos sobre la base del funcionamiento de la Gran Colombia diseñada por Simón Bolívar, no es menos cierto que el fundamento de ésta se encontraba en la consecución de un poder político que sirviera de equilibrio a los nuevos Estados emergentes, y que probablemente fuera ese el talón de Aquiles que no permitió consolidar una estructura regional en torno a esas primeras aspiraciones ya que se temía la reinstauración de un nuevo ente de dominio regional, pero sobre todo porque quizás la conciencia de la soberanía estaba como nunca unida a la independencia.

Pero, las circunstancias entorno a este tipo de procesos fueron cambiando con el tiempo y es así que en el siglo XX se observa el advenimiento de organismos internacionales de integración cuya característica principal es la búsqueda del poder económico, siendo este punto a diferencia del anterior que hace que si bien

en principio tambalee el mismo, debido a una política proteccionista de tinte “nacionalista”, es también cierto que los acontecimientos posteriores de crisis económicas producidas a consecuencias de los altos índices de inflación, los ajustes estructurales y la implantación de las recetas de organismos financieros internacionales a través de medidas que se traducen en legislaciones de privatización, inversión, capitalización y de desregulación financiera son las que van configurando la nueva agenda de la integración latinoamericana del siglo XXI.

Esta evolución esta condicionando que el proceso se encamine hacia la valoración de las nuevas circunstancias de la economía internacional, cuya relación se halla intrínsecamente vinculada a los intereses de las empresas multinacionales, marcando con ello el sesgo mas importante de esta probable “nueva integración”, que busca ante todo la consolidación de un poder transnacional. Quizás por ello la tendencia integracionista de lo últimos años se haya encaminado a la producción de normativa de promoción y protección de la inversión extranjera en la región y en muchas ocasiones este hecho haya admitido verdaderas desinteligencias en el seno mismo de estos por la interpretación que se han dado a través de las cláusulas de protección, pero sobre todo porque es evidente que las conductas que emergen de uno u otro lado plantean sin duda problemas a la credibilidad del proceso en si, como un mecanismo de “liberación” para los pueblos latinoamericanos de la situación de dependencia y subordinación en los que se encuentran sumidos debido a la asimetría de sus economías.

Pero, lo que no se puede dejar de lado es que este nuevo enfoque que admite el proceso de la integración del Sur requiere redefinirse a partir de parámetros muy distintos a los de hasta ahora, sobre todo de aquellos que involucren un contexto vinculado a la democracia, y a la noción de ciudadanía como elementos coadyuvantes al desarrollo de nuestros pueblos.

En este sentido, es claro que se debe en primera instancia uniformizar no solo una normativa supranacional, sino también que estas deben encaminarse a una regulación que permita lo que muchos economistas denominan como la “generación de políticas productivas”, sin embargo, ninguna de estas será posible sin una reconsideración y redefinición en su caso de la noción de “soberanía”, mas en una coyuntura que se reconoce en una incremento de inestabilidad económica y jurídica, y para ello solo basta observar los últimos acontecimientos de Ecuador y Bolivia. Y entonces la pregunta es inminente ¿es posible construir un consenso regional para fundar bases sólidas en cuanto al nuevo proyecto? ¿Cuál es el potencial de la configuración de la Comunidad Sudamericana de Naciones para la economía de la región?, finalmente ¿Es la Comunidad Sudamericana de Naciones un nuevo proceso de integración?

Probablemente, el nuevo enfoque actual al cual se ha convenido en denominar como “la integración alternativa” viene unida a temas fundamentales como son la democracia y el desarrollo. Si porque sin duda la conformación de la Comunidad Sudamericana de Naciones emerge de la necesidad de los pueblos de la parte sur del Continente Americano de establecer un bloque económico mucho mas viable ya que según las palabras del Secretario General de la Comunidad Andina este “(...) será un proceso de integración con inclusión social que mejorará cualitativamente nuestro desarrollo, brindará sustento real a los procesos de descentralización de nuestros países, fortalecerá la cohesión social y la gobernabilidad democrática, y dará calidad a nuestra inserción internacional”.²⁰

La afirmación que antecede no hace mas que poner nuevamente en el contexto de la discusión el hecho de que es necesario como nunca trabajar una agenda común que sea el resultado de políticas conjuntas donde el tema recurrente de la cesión soberana y la construcción de una relación supranacional sea admitida en su

²⁰ V. CAN. “La Comunidad Sudamericana de Naciones: Un Gran programa de desarrollo descentralizado. Reflexiones del Secretario General de la Comunidad Andina. Allan Wagner. 2004”. , [Internet] www.comunidadandina/documentos/html. 3 de noviembre de 2005. 14:35 p.m.

verdadera dimensión, ya que la postura que han asumido varios Estados sudamericanos que resienten precisamente acerca de este tema, toda vez que el mismo está considerado desde las perspectivas de una visión tradicional de soberanía, que entiende la misma como la pérdida de una parte de ésta en favor del organismo de integración.

La Comunidad Sudamericana de Naciones en este contexto lejos de ser el reflejo de la “unión” de los estados sudamericanos es ante todo una fusión de bloques CAN-MERCOSUR, que no necesariamente implica un paso a la integración plena entendida como la aspiración que desde siempre ha rondado el diseño de las políticas exteriores de los Estados Sudamericanos, debido al sesgo económico que va implícitamente ligado a su suscripción, ya que su antecedente se puede fácilmente encontrar en el Acuerdo de Complementación Económica suscrito un año antes entre los dos bloques y que se traduce en esta nueva etapa en el objetivo de crear una zona de libre comercio, según las pautas trazadas en el referido documento, limitándose entonces al ámbito estrictamente comercial, lo cual implica que no abarca temas como la negociación de servicios, compras gubernamentales, normas ambientales entre otros.

Por otra parte, las circunstancias políticas que la sustentan no son las más consolidadas ciertamente y un ejemplo claro de ello son los últimos acontecimientos sociales de la subregión, que no hacen más que reconocer que no existe aun una estrategia común en torno a este tipo de problemas de gobernabilidad en virtud de lo cual es claro que si lo que pretende este organismo es emular a la Unión Europea queda claro que para ello requerirá trabajar sobre manera el tema de la supranacionalidad vinculado al establecimiento de una institucionalidad que se sostenga en las bases de una democracia “delegativa”, pues, esta si bien admite mecanismos internos de participación, los mismos deben reflejarse también a nivel comunitario, a partir de la configuración de un verdadero poder legislativo regional, ya que solamente será desde esta perspectiva que se podrá plantear en el seno de los procesos de integración una verdadera

normativa supranacional. Este puede sin duda ser uno de los grandes desafíos de la Comunidad Sudamericana de Naciones

En cuanto al tema del Desarrollo, se puede destacar entre uno de los logros de la Comunidad Andina la consecución a través de la Decisión 601 de la aprobación de un Plan Integral de Desarrollo Social, toda vez que se reconoce como parte de las directrices presidenciales la necesidad de reconocer que el desarrollo emergente de los procesos de integración deben ir intrínsecamente vinculados a la sociedad y en torno a ella crear los mecanismos de lucha contra la pobreza, la desigualdad que ciertamente promoverá la inclusión social de todos los sectores en este proyecto que no solo es de gobernantes, o de las comunidades fronterizas, sino de todos los ciudadanos de la subregion.

Este logro trasladado al contexto de la Comunidad Sudamericana de Naciones involucra el desafío de crear y desarrollar en principio mercados descentralizados a objeto de consolidar una zona de libre comercio viable, pero también es importante reconocer la necesidad que se tiene de comprender que el Desarrollo no se dará a través de un decreto de la noche a la mañana, sino que el mismo requiere de medidas económicas y de transformaciones normativas graduales.

A.1 Ventajas y Desventajas

En cuanto a las ventajas y desventajas devinientes de la conformación de la Comunidad Sudamericana de Naciones, puede en cuanto se refiere al primer aspecto saludarse como una de las aspiraciones consolidadas sin olvidar que es prematuro establecer un inventario de estas, sin embargo, lo que si se puede hacer es plantear una reflexión preliminar al respecto, desde los matices principistas que la originaron.

A.1.1 De las Ventajas

Al respecto de las ventajas que se plantean a partir de la creación de la Comunidad Sudamericana de Naciones estas pueden establecerse en tres niveles como son: el jurídico, el político y el económico. En cuanto se refiere a las ventajas en el ámbito de lo jurídico es claro que la mas importante de estas se relaciona con la promoción y producción de una normativa conjunta y por tanto armónica para el intercambio comercial en un contexto territorial mas amplio, esto implícitamente hace que el segundo aspecto se vea favorecido con una mayor probabilidad de mecanismos que faciliten la interrelación entre los Estados fundados en valores económicos, siendo este último elemento el que ciertamente juega un rol protagónico no sólo en la suscripción de este proyecto, sino también en la consolidación de la zona de libre comercio que busca establecer en el seno de los dos bloques subregionales de integración.

Por otra parte, la conformación de la Comunidad Sudamericana de Naciones es sin duda un hecho curioso, ya que a diferencia de la Unión Europea no es el resultado de la voluntad individual de los Estados, si no mas bien es la consecuencia del consentimiento de dos Organismos Interestatales de Integración subregionales, es decir, no tiene nada que ver con la subjetividad funcional de los Estados en primera instancia -carácter esencial de los sujetos primarios del derecho internacional, muy al contrario emerge de la subjetividad funcional de un sujeto Secundario-, ubicando este Organismo -si así se puede llamar- en una dimensión muy diferente y en una especificidad que requiere de un diseño muy complejo *per se*, mas aun si se tiene la noción de que se constituye por la superficie territorial, el numero de la población (361 millones) y el índice del PIB (90% de Latinoamérica) en la 5ª potencia mundial, que sin duda convierte a la Comunidad Sudamericana de Naciones según palabras del Secretario General de la Comunidad Andina en un gran programa de desarrollo descentralizado, lo cual implica un desafío para las economías subregionales.

Igualmente es posible que la Comunidad Sudamericana de Naciones coadyuve a la solución de los conflictos pendientes en la región, principalmente emergentes de coyunturas desatadas en el siglo XIX y que todavía forman parte de las agendas internas en cuanto se refiere a las expectativas nacionalistas vs., la solidaridad internacional, principio sobre el cual se fundamenta el proceso de integración y este pueda probablemente convertirse en el conducto canalizador de las nuevas sinergias de una América del Sur renovada para el siglo XXI.

A.1.2 De las Desventajas

Se debe tomar en cuenta que como todo proceso en formación también admite desventajas entre las cuales según se desarrolle el nuevo diseño de integración resultante de la fusión de voluntades de los bloques del CAN-MERCOSUR se irán visualizando, porque empezar a inventariar algunas en este momento sería una actitud precipitada, ya que aun no se conocen cuales podrían ser ni la intensidad que podrían admitir para la política, economía y juridicidad regional.

Sin embargo existen conductas que hacen temer algunos problemas emergentes de posiciones anteladas asumidas como parte de Estrategias Económicas en principio nacionales, luego comunitarias y que si pueden empezar a generar las primeras desventajas en el contexto de este nuevo proyecto y que tiene que ver especialmente con la apertura y consolidación de mercados, siendo uno de los ejemplos mas palpables la postura tan divergente respecto del tratamiento del ALCA que tiene ambos bloques.

Todo esto sin duda puede desembocar en un desequilibrio que no permita avanzar mas allá de una propuesta que intenta reflejarse en una burda imitación sudamericana del ALCA, y que no logre consolidar la zona de libre comercio, para a partir de ello avanzar hacia el establecimiento de una integración integral, aunque para esto se deba transitar primero por niveles de unión aduanera y de

mercado común, lo cual implica haber superado la ligazón umbilical y porque no decir tradicional que se tiene con los esquemas que propone la tan mentada soberanía, en el contexto de una sociedad sesgada fundamentalmente por la transnacionalidad, la inversión extranjera y por mecanismos que se asientan en la búsqueda de la “liberación latinoamericana” de los síntomas de dependencia y subordinación.

A estas alturas, lo que queda claro es que hay la necesidad de establecer el nuevo contenido de la agenda integracionista de la región sudamericana desde la inclusión de mecanismos, que generen una normativa adecuada a las circunstancias de desarrollo y competencia económica, que permitan establecer en esa lógica una política productiva, sin embargo, nada de esto será posible si dicha agenda no redefine principalmente la noción de soberanía.

Asimismo, otro de los desafíos mas importantes es sin duda empezar a trazar políticas económicas serias y acordes, ya que hasta ahora no se ha hecho sino ejecutar y enmendar recetas internacionales, pues el rol que han jugado y que todavía desempeñan hacen los Estados Latinoamericanos es el de simples administradores de la deuda externa y no así el de Estados creadores de nuevos mecanismos económicos, aspecto que indudablemente ha condicionado las relaciones interestatales y la credibilidad de los procesos de integración hasta ahora.

SEGUNDA PARTE

EL SISTEMA JURIDICO DE LA INTEGRACION

Si bien hasta este momento se ha realizado un recorrido histórico de los procesos de integración continental y se ha llevado a cabo un análisis de los problemas e impactos que estos han tenido en las distintas esferas (económico, político, jurídico) en virtud de lo cual se han podido observar las distintas estrategias a las que se han recurrido, se hace también necesario plantear este enfoque filosófico

de unidad desde un ámbito teórico que es sobre el cual se han construido y todavía lo harán quizás con algunas modificaciones los futuros procesos. En este sentido se abordara en esta parte el concepto de la integración, el fundamento del proceso, los principios, sus problemas y sus formas.

I. DEFINIENDO LA INTEGRACION

Para comprender los verdaderos alcances de estos procesos es preciso intentar una conceptualización desde el punto de vista político, económico y hasta comercial en este sentido se debe indicar que si bien existe una diversidad de posturas, para fines de la presente investigación se tomara en cuenta la que considera que: *"La integración es un fenómeno multifacético (...) que (...) comprende el conjunto de principios y normas jurídicas que regula las relaciones el hombre y de los Estados en las comunidades socioeconómicas a efectos de construir áreas dentro de las cuales circulen libremente y reciban el mismo trato las personas, los bienes, los servicios y los capitales mediante la armonización legislativa (en) las legislaciones correspondiente y sus políticas constitutivas y la creación de órganos supranacionales"*²¹ de lo cual se infiere que es un proceso que requiere para su consolidación de transformaciones jurídicas internas, pues supone entre otras a partir de la institucionalidad una transferencia de competencias que se refleja a su vez en la creación de un orden jurídico que indudablemente afectara la normativa interna de los Estados Parte desde la perspectiva que plantean sus principios fundamentales y la generación posterior de efectos jurídicos, que guarda relación con su naturaleza de "asociación voluntaria" deviniente de los países como parte del ejercicio de su subjetividad funcional.

Ahora bien, lo que puede reconocerse a partir de esta lógica "voluntaria", es la tendencia en la cual se inscribe en el presente siglo y que a todas luces es

²¹ V. UBERTI Graciela *Problema de la Supranacionalidad, su relación con el concepto de soberanía*. Buenos Aires. Ensayo. Mimeografiado. 2002 p, 2

exclusivamente económica y es bajo estos parámetros que se puede definir como: “(...) un proceso de creciente intervencionalización de las economías regionales, que tiene lugar a partir de la reducción o eliminación de los obstáculos que impiden el desarrollo de los vínculos mutuos con el propósito de obtener beneficios conjuntos en función de los intereses de los agentes económicos dominantes. Refleja las particularidades de la base económica de los miembros y posee características multifacéticas, sobre todo en los estados superiores con implicaciones también políticas y sociales.”²² De lo que puede entenderse que la integración no se puede ser concebida al margen de la economía.

Ambas definiciones no hacen sino plantear un denominador común, como es el de la interdependencia, que se traduce en un principio supranacional muy importante en tanto se vincula a la decisión conjunta que asumen los Estados en función de determinados temas, ya que se entiende que el proceso de creación de dicha interdependencia que según Guerra-Borges tiene relación con un proceso de formalización en un nivel de institucionalización, cuyo único fin es la coordinación de políticas e instrumentos de desarrollo, lo cual ciertamente origina economías nuevas cualitativa y cuantitativamente relacionadas, porque es evidente que la interdependencia no es más que la expresión consentida de una dependencia mutua de Estados relacionados con la apertura y fortalecimiento de los mercados.

II. ¿PORQUE INTEGRARSE?

A estas alturas lo que se desea es encontrar respuestas a esta interrogante que permita entender los parámetros de argumentación del comportamiento de los Estados para entrar en una lógica de integración desde hace algunos años, toda vez que la construcción de un proceso de esta naturaleza coadyuva al desarrollo de los pueblos a través del incentivo de una inversión extranjera siempre que

²² Cfr. PUERTA Hilda, y RODRIGUEZ Sarah, *Una propuesta para el debate acerca de la Integración Latinoamericana*. Concurso Internacional Anual Dr. Guillermo Torriello “América y el Mundo de Hoy”, La Habana. Centro de Investigaciones de Economía Internacional. Universidad de La Habana. 2004. Género Ensayo. 1ª Edición. 2004, p. 122

esta no vaya en contra de los intereses sociales ya que se considera bajo estas circunstancias que la: “(...) integración económica latinoamericana es una respuesta a la preocupación compartida de haber llegado al límite de los factores tradicionales del desarrollo, intercambio de productos primarios por bienes industriales y flujos financieros asociados a esta forma simplificada de relación internacional.”²³

Sobre todo porque los parámetros económicos planteados actualmente influyen decisivamente en las resoluciones que los Estados toman acerca de temas vinculados a la inversión extranjera directa, respecto de las cuales se han desarrollado mecanismos normativos de protección que en la gran mayoría de los casos están conduciendo a la limitación de los derechos de autorregulación de los propios Estados en relación con las disposiciones internas que tienden a proteger la calidad de vida frente en algunas otras circunstancias a la inseguridad industrial y a acciones desplegadas por estas empresas multinacionales que atentan contra la propia seguridad interna y la credibilidad del proceso en sí.

Otro de los argumentos en los que se sostiene el proceso de integración es sin duda la fuga del poder estatal que se manifiesta de forma indirecta a través de las empresas transnacionales que constituyen una parte importante del comercio regional sobre todo en aquello que tiene que ver con las decisiones gubernamentales, lo cual ha hecho y sigue haciendo pensar que la soberanía se está compartiendo con otros gobiernos en mejores o peores condiciones que el nuestro, sin embargo, hay que indicar que estos proyectos de integración son parte del sistema mundial de gobernabilidad actual, mas aun en un contexto donde las fronteras entendidas como las líneas divisorias que constituían el lógico límite a las inversiones esta desapareciendo a consecuencia de la implantación de medidas normativas.

²³ Cfr. SAUCEDO José Isidro. *La integración de América Latina y el Caribe*. México. UNAM. 1ª Edición. 1997, p. 61

Al respecto, Marcos Kaplan argumentaba que se busca la integración de la economía y la política mundial en un sentido de interdependencia (...) cuyos objetivos deben ser adaptados orgánica y funcionalmente a los intereses y objetivos globales del modelo mundial a imponer.²⁴ lo que remite nuevamente a una filosofía predominantemente interdependentista donde los vínculos más notorios se establecen en su relación con el intercambio comercial y por ende con la inversión extranjera.

En este sentido, es necesario también señalar que la integración es un concepto que como ya se vio en la parte de los antecedentes ha ido evolucionando no sólo en cuanto se refiere al modo de concebirse, sino que a través de ello ha ido adquiriendo matices que se han ido perfilando como la base sustancial del mismo constituyéndose en lo que se denomina como los principios comunitarios.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA INTEGRACION

Los Principios de la Integración constituyen nociones que resultan de las generalizaciones mas frecuentes y que se originan en la aplicación de las disposiciones del Tratado constitutivo del organismo interestatal de integración, es por eso que se afirma que estos hallan su paradigma en las constituciones de los estados miembros, aunque para muchos autores estos devienen del *ius gentium* en el derecho romano²⁵. Entonces se puede señalar que entre los principios de la integración se pueden distinguir los comunitarios y los del derecho de integración, estando entre los primeros el de atribución, subsidiaridad, proporcionalidad, y cooperación, aunque algunos otros autores indican que también se pueden incluir los principios de fraternidad y de igualdad, así como el de la gradualidad y de

²⁴ Cfr. KAPLAN Marcos. *Et.al La Integración Internacional de América Latina: Perspectivas histórico-cultural*. En: *El futuro del libre comercio en el Continente Americano análisis y perspectivas*, Sergio Ayllón (Coord). Ob.cit, p. 13

²⁵ Se debe indicar que en el derecho romano el *ius gentium* corresponde a la razón natural, entendiendo esta ultima noción en el contexto de la "realidad" objetiva de las cosas, es decir que a pesar de ser algo sustancial no esta desvinculada de la misma, porque se entiende que lo natural es real, y entonces se presume que es concreta y por lo tanto no puede ser abstracta.

reciprocidad. Mientras que en el segundo caso se pueden citar los de aplicación directa y de primacía o preeminencia normativa.

Sin embargo, es importante precisar que ninguno de ellos sea la tendencia que fuere la que se adopte no pueden considerarse antinómicos, muy al contrario los mismos se complementan, porque es evidente que en un sistema jurídico los principios cumplen una función armonizadora e integradora fundamentalmente, ya que es a partir de estos preceptos que se establecen las condiciones de interrelación normativa entre los estados y los organismos supranacionales.

A. Principios Comunitarios

Entre los Principios Comunitarios pueden citarse los de atribución, subsidiaridad, proporcionalidad, y cooperación, aunque algunos otros autores indican que también se pueden incluir los principios de fraternidad y de igualdad, así como el de la gradualidad y de reciprocidad.

A.1 Subsidiaridad

Este principio que etimológicamente se reconoce en la acción de responsabilidad que suple o robustece a la principal, tiene como objetivo fundamental garantizar en tanto haya competencias que sean compartidas entre los Organismos Interestatales de Integración y los Estados, en tanto prevé toda actuación de la comunidad cuando esta se halle en mejores condiciones, razón por la cual puede establecerse que la naturaleza de este principio es político-constitucional, ya que su función básica es promover una “articulación de competencias”.

Esta articulación de competencias se intervincula con la transferencia que hace de algunas de las que posee el Estado Parte de un proyecto de integración al organismo supranacional a fin de lograr a futuro la construcción de un mecanismo de decisión común que beneficie a todos los miembros, lo cual se traduce

básicamente en lo que muchos autores denominan como la fase de la “transferencia de soberanía”, aunque el mismo en la mayoría de los casos se realiza de forma paulatina.

A.2 Proporcionalidad

La proporcionalidad, es otro de los principios comunitarios en los que se sustentan los procesos de integración ya que básicamente consiste en llevar adelante las acciones tendientes a consolidar estos sin que en ninguna circunstancia se exceda a lo preestablecido en el contenido normativo de dicho instrumento jurídico internacional, con el fin de alcanzar los objetivos insertos, lo cual implica que hay la posibilidad de elegir entre diversas formas de acción, debiéndose adoptar sin embargo, la que otorgue mayor libertad a los países miembros del organismo supranacional con la idea de preservar los grados de confiabilidad que involucra.

Asimismo, es necesario indicar a fin de evitar confusiones que en cuanto se refiere a la traducción de estas aspiraciones del contenido a la práctica es imprescindible reconocer que las mismas se llevan a cabo de forma paulatina, es decir, progresiva o gradualmente, que vale la pena aclarar son nociones similares al de proporcionalidad, pues ningún objetivo y/o meta trazada por los organismos supranacionales puede ser cumplida inmediatamente, si no que su logro es consecuencia de todo un proceso de cambios graduales donde se vislumbran los efectos de los progresos que devienen de estos.

Son estos motivos por los cuales se considera que este principio ha sido fundamental para y en los niveles decisorios de los procesos de integración latinoamericana, toda vez que ha ido marcando la pauta de sus avances para llegar al objetivo trazado de la mano de instrumentos jurídicos que le han otorgado esta posibilidad como son los Protocolos que versan sobre diversos temas y en

cuya estructura se han establecido los grandes cambios que se han generado al interior del proceso en sí.

A.3 Atribución

Por otra parte, el principio comunitario de la atribución es uno de los que se pueden vincular a la aplicación sucesiva de las disposiciones, como parte de la transferencia de las competencias o del uso de su soberanía que emerge de la suscripción del Tratado constitutivo y que en virtud de lo cual el organismo supranacional asumirá las decisiones jurídicas vinculantes posteriores.

Dicha soberanía utilizada de esta forma le confiere al organismo supranacional la potestad de establecer mediante su esquema interno, normas jurídicas que ciertamente afectarán el enfoque del orden jurídico interno de los Estados Parte, lo cual a su vez se traducirá en posibles discrepancias, muy a pesar de las atribuciones que detenta el proceso y que en razón del contenido primigenio – Tratado- se obliga a cumplir.

A. 4 Cooperación

La cooperación a su vez es otro de los principios que se origina y recrea en la noción de “solidaridad internacional” que deviene a su vez de las bases que pregonaba la Revolución Francesa mediante la fraternidad y la igualdad y que de alguna forma parte del contexto filosófico de este elemento y que sin duda involucra un comportamiento “recíproco”, lo cual no hace sino consolidar las nociones que ya se mencionaron sobre todo en circunstancias donde el sistema de las relaciones internacionales así lo requiere por la diversidad cultural y económica que forman la sociedad de hoy.

Este principio adquiere una importancia nodal a la hora de construir y consolidar esos lazos de solidaridad y reciprocidad porque en definitiva no se puede negar

que según los aspectos que plantea una realidad agobiada por deuda externa, pobreza y corrupción, como la triada perfecta que semeja el Armagedon requiere mas que nunca que este se plasme a través de la estructura orgánica de los procesos de integración a objeto de poder superar estos problemas y converger hacia una lógica de desarrollo real y de esta forma del afianzamiento de sus sistemas democrático e integracionista.

B. Principios del Derecho Comunitario

La segunda teoría de los principios de la integración se refiere a los del Derecho Comunitario entre los cuales se pueden consignar ciertamente el de aplicación directa y el de preeminencia normativa, sobre todo en lo que toca fundamentalmente a la interpretación y aplicación de los tratados en el derecho interno de los Estados miembro de cada uno de los organismos interestatales de integración.

Estos principios a diferencia de los anteriores que esgrimían un vinculo real con la filosofía integracionista que se desprende de los principios universales de igualdad entendida a partir de la idea de Aristóteles como justicia, de fraternidad como la solidaridad que se cimienta en las conductas reciprocas o el de libertad que se vincula con la subjetividad internacional en la creación normativa. Mientras que los principios del derecho comunitario se relacionan sobre todo con los procesos de interpretación y aplicación normativa, siendo de esta forma que plantean no solo los principales problemas al derecho internacional, sino también al orden jurídico interno.

B.1 Aplicación Directa

La aplicación directa o de operatividad es uno de los principios del derecho comunitario, que tiene que ver con la capacidad que tiene una norma comunitaria para producir efectos jurídicos en un país miembro, sin que se necesite otra norma

que la respalde dentro del derecho interno del mismo Estado, lo cual ya involucra *per se* la posibilidad de una incorporación inmediata y automática en algunos casos al ordenamiento jurídico interno, fundándose para ello en la teoría monista; por otra parte al considerarse de forma directa se puede reconocer a estas normas como generadoras de derechos y obligaciones, debiendo admitir su conversión en reglas de regulación interna.

Este principio desde la emergencia de los primeros organismos ya sean de índole regional o subregional ha jugado un rol protagónico, pues es un efecto directo de la delegación de soberanía para la toma de decisiones y el consecuente de cumplimiento. Sin embargo lo que se evidencia es que la práctica de este principio no sólo genera derechos y obligaciones, sino que a su vez también es productora de nuevos mandatos que se originan en una lógica que es retroalimentada por la jurisprudencia que deviene de su aplicación, fomentando implícitamente nuevas conductas, que a su vez van estructurando nuevos comportamientos y mandatos y así de forma sucesiva, porque se trata no se debe olvidar de la capacidad de producir efectos jurídicos.

B.2 Preeminencia

La primacía legal de las normas comunitarias se consideran bajo los parámetros de la preeminencia, ya que la misma puede definirse como las normas del ordenamiento jurídico que prevalecen en su aplicación a las normas del derecho interno y que en virtud de ello no pueden oponerse este último al primero, toda vez que se argumenta sobre la base de las competencias y la transferencia de atribuciones, entendiéndose entonces, que a partir de la adopción de estas normas comunitarias se esta presumiendo efectos futuros, que condicionan de ya la producción de normas, mecanismos y figuras jurídicas de debieran ser compatibles con las ya determinadas por la Comunitaria, basados en el principio de concordancia.

Sin embargo, cabe indicar que en ningún momento esto supone un atentado contra la soberanía o la autodeterminación de los Estados miembros, toda vez que son los matices esenciales que guardan relación con la supranacionalidad, pero, sobre todo con la necesidad de establecer en los parámetros que permite el derecho interno expresado en la Constitución normas fundamentales que coadyuven al desarrollo de la región integrada.

Por otra parte, hay que decir también que hay Constituciones que guardan silencio al respecto de la primacía de las normas comunitarias sobre su derecho interno en el marco de la aplicación y solo se remiten a señalar una jerarquía que ubica a los Tratados, Acuerdos, Convenios, Protocolos en condiciones de supra-legalidad e infra-constitucionalidad a la vez.

En este sentido, se debe indicar que se pueden distinguir tres niveles de preeminencias: la primera sobre la preeminencia ligada a los tratados por sobre el derecho interno pudiendo destacarse en esta lógica los casos de las constituciones de Guatemala (art. 43), Honduras (art. 16) y Colombia sobre todo en aquello que tiene relación con los derechos humanos (art. 93) que indica que: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"²⁶. Mientras que la segunda tendencia se vincula con la preeminencia de los tratados por sobre las leyes internas como puede observarse en el caso de El Salvador el mismo que considera en el art. 144 de su Constitución que "Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado."²⁷. Y el tercer momento de esta jerarquía normativa deviene

²⁶ V. Art. 93 de la *Constitución de la Republica de Colombia*. Bogotá.1991

²⁷ V. Art. 144 de la *Constitución Política de la Republica de El Salvador*. Art. 144. San Salvador. 2000

en la equiparación de tratados y leyes que están dados en el contexto dispositivo tanto de México cuanto de Venezuela.

IV. LOS PROBLEMAS DE LA INTEGRACION

Como todas las estructuras en vías de formación es posible observar no solo los beneficios que devienen de estos, si no también los problemas que se suscitan en el camino de su consolidación, y el caso al que se refiere esta investigación no es la excepción, es por eso que es innegable que debido fundamentalmente a la coyuntura político-económica de los últimos cuarenta años esta haya desarrollado una aptitud innata para sortear una serie de eventos, cuyas características marcaron el destino de la integración latinoamericana y que todavía aun hoy admiten sesgos internacionales novísimos que amenazan la credibilidad y la permanencia de estos.

En este sentido, si se entiende la integración como un fenómeno multifacético, cuyo objetivo principal es la creación de órganos supranacionales. Porque como afirma Seoane constituye el proceso donde las partes normalmente los estados nacionales buscan “unir elementos previamente dispersos, desarrollando acciones en los ámbitos de la economía, la política y la actividad socio-cultural de los pueblos con el propósito de eliminar los factores de separación y desarrollar un sentido de solidaridad y pertenencia”.²⁸ Se evidencia sobre todo en este último elemento que condiciona la participación activa, convirtiéndose a partir de ello en el argumento de conformación de los distintos organismos interestatales de integración en el Continente, pues estarían respondiendo a las características planteadas por el “*Modelo de Similitud*” basado en valores comunes como la composición geográfica, la estructura económica, y la política²⁹, aunque a esta todavía se puede añadir el componente histórico bajo los cuales en el contexto latinoamericano se han configurado los distintos procesos.

²⁸ V., SEOANE Alfredo, *Integración y Regionalismo*. En: “Avances y Desafíos en la Integración de América”. La Paz. Instituto Internacional de Integración III. 2003.

²⁹ Cfr. GALFUNG Johan, *Una Teoría Estructural de la Integración*. En : Revista de la Integración N° 5 BID – INTAL. Buenos Aires. Artículo

Vinculada a esa lógica el sentido de la noción de “pertenencia” a la cual se refiere Seoane, no es gratuito, y no tiene que ver únicamente con el tema de la “nacionalidad” -el mismo que tiene de acuerdo con la tradición sus orígenes en la propiedad de la tierra-, sino fundamentalmente con la pertenencia idiomática, cultural, y sobre todo con ese esquema que represente sus aspiraciones como pueblo. Porque la integración no debe entenderse desde la perspectiva de su definición como un fin en si mismo, si no como un medio para alcanzar el desarrollo y consolidar la democracia de los pueblos intervinientes. Razón por la cual puede afirmarse que es a partir de estos matices –solidaridad y pertenencia – que es posible construir un andamiaje de convergencias.³⁰

Sin embargo a pesar de todo ello por los distintos sesgos que admiten las realidades de las naciones del continente americano es que los procesos de integración están conviviendo actualmente con problemas en su naturaleza, en su estructura, finalidad y flujo.

A. De la Naturaleza

Es evidente, que en los últimos años el proceso de integración ha enfrentado una serie de problemas que devienen de su esencia fundamental que es la supranacionalidad plasmándose en la confrontación con la noción y el sentimiento de la soberanía, porque cuando se empieza a hablar de soberanía es evidente que parece que se hablara en el contexto actual que plantean las circunstancias mundiales de una historia que ha dejado de argumentarse en tonos tradicionalmente nacionalistas para involucrarse en una dimensión mas allá de las fronteras lo cual ciertamente demuestra que los conceptos evolucionan en forma conjunta con la sociedad y sus transformaciones, pues estas ultimas afectan sobre manera la estructura y muchas veces hasta la esencia de las mismas.

³⁰ Cfr. BAYA C. Maria de la Cruz, *Derecho y Procesos de Integración*. Cochabamba. Editorial OMEBA. 1ª Edición. 2004, p.16

Estos cambios adquieren importancia, mucho mas aun si se considera que la noción de soberanía emerge de la necesidad de justificación del poder de dominio de los reyes y en torno a ello es evidente su conexitud con la relación de poder-dominio, pero se transforma en el desprendimiento o eso parece desde los principios internacionales más importantes de igualdad, fraternidad y solidaridad, como parámetros que limitaban las acciones de los individuos y del Estado a consecuencia de todos los hechos de ese tiempo. Porque no se debe olvidar que los protagonistas de entonces actuaron en un escenario diseñado a partir de una noción interna muy importante denominada “soberanía”, que aunque es un concepto que nació en Europa alrededor del siglo XV se instaló en las relaciones internas y externas, bajo cuyas circunstancias la Constitución Francesa de 1793 puede entenderse como el primer texto donde se definió que “la soberanía reside en el pueblo”, es decir, ya no en un soberano que representa a un régimen monárquico, demostrándose con ello que es un momento de deconstrucción de un tipo de poder entendido desde el marco de la representación y voluntad divina para transformarse en la *vox populi, vox Dei* que tiene su base principal en la formación de un Estado moderno, cuyas características de centralidad y burocracia son indiscutibles.

Desde entonces, el concepto de soberanía ha ido en un constante vaivén de interpretación, definición, y reinterpretación, acercándose y alejándose en cada caso de las historias y las coyunturas de cada uno de los Estados que la reconocen como el principio básico que sostiene su existencia y su justificación de acciones y decisiones. Porque, el termino de soberanía se ha inscrito tanto en los contextos de la Doctrina del Derecho Internacional cuanto de la Teoría Política, y desde estos ha pretendido establecer un nexo importante con la realidad interna y externa de los Estados y en este sentido se puede citar la postura de Carpizo que indica que “El Estado Nacional nació con una característica antes no conocida: la

idea de soberanía”³¹, esta lógica probablemente obedezca a que desde siempre se ha vinculado esta noción con lo interno de los Estados y no así desde lo internacional, debido a la inclinación de los teóricos políticos como Hobbes que en *Leviatán* aborda esta temática desde la perspectiva del poder como un concepto fundamentalmente político. Sin embargo, existen otros autores como Tredinick que reconocen el vínculo de esta noción a la de Gobierno, lo cual es evidentemente un argumento que deviene de la construcción del poder que se expresa a través de una institucionalidad determinada, pero al que tampoco puede negársele el sesgo jurídico.

En este sentido, entonces en el contexto del derecho internacional ya decía Rousseau en su momento que la soberanía es el poder de dar órdenes no condicionadas y el derecho de no recibirlas de ninguna otra autoridad humana.³² Esta afirmación remite a la negación de cualquier poder superior al Estado fundamentalmente en lo que se refiere al derecho internacional. Al respecto, Cesáreo Gutiérrez³³ señala que el concepto madre de esta rama del derecho es precisamente la soberanía entendida en las mismas dimensiones que ayer, porque de acuerdo con este autor es esta noción la que proporciona a un territorio determinado la calidad de Estado.

A estas alturas es evidente, que el origen de la noción de soberanía se relaciona con las circunstancias históricas y en este sentido es reconocido por Jellinek para quien esta es una “categoría histórica” y francesa, ya que es ese país quien dota del carácter absoluto, ambos elementos no hacen mas que traducir la coyuntura de la cual emerge fundamentalmente vinculada a la necesidad de consolidar un poder absoluto desligado de la iglesia y el imperio, que conduce al

³¹ V. CARPIZO Jorge, citado por Pablo Fernández de Castro En “*Soberanía y Derecho Internacional*”

³² V. ROUSSEAU Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona. Ed. Ariel, 1ª Edición 1990 p.120

³³ GUTIERREZ Cesáreo *Derecho Internacional Público*. Valladolid. Editorial Trotta. Pág. 1ª Edición, p. 104 -105

desconocimiento de cualquier otro poder que no sea el suyo –político o eclesial- aunque no necesariamente ello implique la negación de su existencia.

Por otra parte, la noción de soberanía se fundamenta en los principios de igualdad y de no intervención, el primero de ellos entendido por Gutiérrez como de carácter abstracto por su formalidad debido a que colisiona con la individualidad de los Estados, porque como diría Buthros Ghali “desde la noche de los tiempos” la desigualdad entre los Estados es patente en el plano de la realidad y de los hechos.³⁴ Aunque la Carta de la Organización de Naciones Unidas la haya incluido entre sus principios cuando afirma que “La Organización esta basada en el principio de igualdad soberana entre todos sus miembros” (art. 2.1) y Resolución 2625 (XXV), que se funda en la libertad de elección de su sistema político, en la inviolabilidad de la integridad territorial y en la obligación de cumplir con los compromisos internacionales.

Mientras, que el principio de la no intervención supone el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia exterior. Esta ha sido la constante de los diseños de las agendas nacionales de los Estados latinoamericanos desde su formación a la fecha, aunque es evidente, que en muchas ocasiones lo que se ha tenido es una injerencia directa e indirecta devinientes de organismos internacionales y de potencias económicas.

Entendida en estos términos la soberanía no es de extrañar que la figura emergente de la construcción de los procesos de integración acarree una confrontación entre la libertad interna de definir sus propias normas y obedecer las mismas y las de tener que crear a partir de una comprensión colegiada y de dotarles el privilegio en su interpretación y aplicación en detrimento del derecho interno sobre la base del principio básico: la supranacionalidad.

³⁴ GUTIERREZ Cesáreo Ob. cit. P. 106

Es así que la supranacionalidad se convirtió en el principal problema de la naturaleza asociativa de los Estados originada a partir de la delegación de soberanía a un organismo multilateral, cuyo objetivo fundamental viene siendo la integración. Sin embargo, se debe señalar también, que esta no es una noción nueva, pues, el espíritu de la misma se estableció en la convocatoria al Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826 cuando se pretendía que la unidad de los nuevos Estados emergentes se diera bajo los parámetros del *principio de igualdad jurídica de los estados*, fundada en la no intervención, lo cual sin duda constituye su origen, y entonces queda en evidencia que no puede atribuirse como resultado de una sociedad posmodernista y globalizada nacida de un debate social, sino que es su consolidación la que se encuentra en franca discusión, toda vez que los alcances de la misma deben ser regulados desde la primera jerarquía normativa (Constituciones) en cada uno de los Estados. A pesar de esto la sombra que persigue a los procesos desde esta perspectiva es la que se vincula al peligro de la fragmentación de la soberanía a la que temen todos los países miembros.

Quizás por que según González Macchi “Habitualmente la idea de supranacionalidad se identifica con la de los órganos supranacionales, en el convencimiento de que, para que exista supranacionalidad, se requiere que organismos independientes y superiores a los Estados-Nación estén habilitados para dictar normas obligatorias para estos últimos. Estos órganos deben estar caracterizados por tres elementos: 1) Normas de aplicación inmediata, directa y prevalente, sin necesidad de actos de recepción por los Estados Partes; 2) Primacía sobre los derechos nacionales; 3) Efecto directo sobre los particulares”³⁵. Esto se debe a que la supranacionalidad al igual que otros muchos términos tiene numerosas acepciones entre ellas se puede citar la de Uberti que entiende esta como “las competencias de los Estados transferidas a determinados organismos comunitarios donde delega competencia y jurisdicción, teniendo en cuenta sus

³⁵ V. GONZALEZ Macchi Luís Ángel. *Las Herramientas para enfrentar la globalización*. Discurso Pronunciado. Reunión de Presidentes de MERCOSUR. Cumbre de Presidentes. Ex - Presidente de Paraguay. Asunción. 2 de noviembre de 1999.

objetivos, estructura, competencias y poderes”³⁶ de lo cual es posible inferir desde una perspectiva política los diversos riesgos sobre todo sociales y económicos por una parte, así como jurídicos y políticos por otra que implica por si mismo la inclusión de esta noción en las distintas constituciones de los estados parte, aunque se debe también señalar que Venezuela en el art. 153 de su Constitución de 1999 afirma que la “Republica podrá atribuir a organismos supranacionales el ejercicio de competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración”³⁷ que desde ya no es mas que el reconocimiento implícito de la existencia e importancia de los organismos supranacionales sean estos de integración o de cooperación.

En este sentido es posible entonces distinguir tres elementos principales insertos en la noción supranacional que según León son: “la independencia de los órganos o autonomía institucional, la cual se manifiesta en el modo de trabajo de éstos, quienes desarrollan su actividad independientemente de los gobiernos de los Estados miembros, y en el modo del voto de sus órganos, que por mayoría toman decisiones en nombre de la Comunidad. En segundo lugar, el fin de la organización, fines propios y distintos de aquellos de los Estados miembros. Y, en tercer lugar, la inmediatez con que son aplicadas en la totalidad del territorio todas las decisiones tomadas por los órganos comunitarios, sin ninguna intervención de carácter legislativo o ejecutivo por parte de los Estados miembros”³⁸ en virtud de lo cual se infiere de ya una confrontación con la noción de soberanía.

Probablemente, todo esto se deba a lo que en una de sus intervenciones con motivo de una de las reuniones de la Unión Europea Felipe González afirmaba que: “La supranacionalidad plantea, pues, desafíos, (...) da la impresión de que no sabemos cómo organizarla y administrarla; no sabemos cómo desarrollar supranacionalmente la democracia, y por eso hablamos de déficit democrático.

³⁶ Cfr. UBERTI Gabriela. Ob.cit.

³⁷ V. Art. 153 de la *Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela*. Caracas 1999.

³⁸ Cfr. LEON DE LA BARCA Alba, *Introducción al Estudio de la Integración económica y al Acuerdo Subregional Andino IFD, FCJP,LUZ*. Maracaibo. 1984. p. 79

Somos conscientes de que la transferencia de poder del Estado-nación a la instancia regional europea no respeta las reglas de juego democráticas y de reparto de poder que conocemos históricamente en los Estados democráticos. Al tiempo que observamos un proceso de supranacionalidad, constatamos también un segundo proceso que altera la estructura del Estado: la **intranacionalidad**. Tenemos un Estado-nación insuficiente para afrontar los desafíos de la globalidad, pero, además, excesivamente complejo y distante para la representación inmediata y directa de los ciudadanos, cuando no para la representación de identidades internas de algunos de nuestros Estados-nación”³⁹.

B. De la Estructura

En cuanto a la estructura del sistema jurídico de la integración, se pueden visualizar diversos problemas, por eso quizá resulte más práctico utilizar la noción de fuentes de derecho al momento de indagar⁴⁰ sobre este punto, toda vez que se guarda una intercomunicación entre los movimientos sociales, la doctrina internacional contenida en las Actas y otros Documentos, la jurisprudencia emergente de los Tribunales Especiales y las Normas, desde un principio básico de policentricidad.

Pero, en este caso la mayor preocupación se da en los ámbitos del mandato del legislador no solo para crear derecho, sino para interpretar y luego aplicar. Porque como señala Russo en su análisis de la estructura de un determinado sistema jurídico, este no podrá prescindir de la lectura de los códigos legislativos⁴¹.

Al respecto, se puede indicar que los organismos de integración admiten actualmente una estructura que establece figuras parlamentarias, que serían los

³⁹ V. GONZALEZ FELIPE, *Intervención Inaugural en la Reunión de la Unión Europea*. Discurso. 1998. [Internet] www.unioneuropea.org/documentos/1998 20 de octubre de 2005 15:25 p.m. P. 2. paper.

⁴⁰ Cfr. RUSSO Eduardo, *teoría General del Derecho. En la modernidad y en la Posmodernidad*. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 2ª Edición. Reimpresión. p. 293

⁴¹ *Ibíd.* P. 292

responsables de crear la normativa, sin embargo, a pesar de ello todavía las Comisiones de los Ministros de Exteriores en varios de los procesos latinoamericanos ejecutan esta labor en virtud de que el Parlamento al cual se hace referencia carece en algunos casos de fuerza, y en otros de credibilidad.

En cuanto a la interpretación normativa se refiere esta se da a través de la figura de un Tribunal Especial de Arbitraje, o de los llamados Tribunales de Justicia o Cortes del Sistema de Integración, en virtud de lo cual la aplicación se realiza a través de los laudos, fallos o resoluciones emergentes de estos.

Es evidente entonces, que lo que resulte de este procedimiento producirá nuevos mandatos y los anteriores se retroalimentarán de estos, lo cual promoverá a su vez nuevas interpretaciones y por lo tanto conducirá a nuevas conductas de conformidad con los principios ya mencionado sobre todo con el de la preeminencia normativa, en un contexto donde aun conviven la “Teoría de la marginalidad” vs. la “Teoría de la transnacionalización” como parte de la dicotomía del siglo XXI, y desde donde es visible como nunca una crisis de identidad.

Dicha crisis que no solo es una palabra infinita e inagotable, pues es ante todo un reino de la incertidumbre tal como lo afirmara en su momento Luis Díaz y que ha conducido a una búsqueda incesante que esta concluyendo en la reafirmación de identidades tradicionales, como los quechuas, aymaras y otros, lo que se demuestra a través de las más de 11 reformas constitucionales de reconocimiento que se han dado en el Continente Americano, involucrando implícitamente la convivencia de un ordenamiento jurídico nacional con un orden tradicional que deviene de la costumbre y el “imaginario” cultural, que están siendo cada vez promovidos en detrimento del primero, este punto trasladado al ámbito de la integración no ha sido precisamente un facilitador de las relaciones, ya que uno de los problemas fundamentales es muchas veces la incompatibilidad entre las reglas tradicionales, las nacionales y las de integración. Siendo de estas, la última

la que se ha visto mas afectada, en tanto son las reglas que cumplen un rol no solo en el diseño de las nuevas relaciones interestatales, si no que además les otorga una significación en tanto son prácticamente expresión de la cultura vigente.

Por otra parte, ya se puede advertir que el sistema jurídico de la integración esta fundado en un principio de pluralidad, porque como indica Russo el modelo para un objeto complejo deviene, por necesidad fáctica, pluralista (...).⁴², infiriéndose la necesidad de observar una concordancia a partir de los diversos niveles de lenguaje, porque la legitimidad adquirida al momento de su creación es la que plantea este desafío, debiendo establecerse la misma bajo los parámetros de una representación real de los Estados Parte a objeto de fomentar mayor credibilidad en las normas, la aplicación y los efectos del organismo supranacional.

C. De la Finalidad o Función

Todo lo que se ha apuntado hasta ahora no esta sujeto al libre arbitrio, pues debe cumplir una finalidad, entendiéndose por este el punto al cual se dirige la organización, en este caso el sistema jurídico de integración desde un punto de vista fundamentalmente atemporal estará frente a los conceptos de seguridad jurídica que solo es plausible mediante la armonización normativa, y la armonización en la jurisprudencia, debido principalmente a la característica de policentricidad, lo cual amerita una elaboración cada vez mas precisa en tanto se basa en los parámetros de la concordancia interna, común e internacional a partir de la cual se interpretan las acciones sociales, que permiten entender los mismos desde un todo significativo a través de la promoción de igualdad de oportunidades principalmente en el ámbito económico.

⁴² Ibíd. p. 289 - 290

En este sentido, la función entendida como aquella que puede sufrir una modificación por influencia del medio al cual necesita adaptarse.⁴³, pretende establecer los parámetros de un sistema jurídico de integración que no solo debe contemplar los aspectos de la pertenencia, la solidaridad, la igualdad, la reciprocidad que deviene de estos, si no que además debe involucrarse con el principio de la progresividad en tanto se funda en la gradualidad y que dicho de otro modo debe adaptarse a las circunstancias sociales que se traducen en normas y directrices del proceso.

Este proceso de adaptación ha sido camaleónica en los últimos tiempos, pues se esta suscitando un incremento de negociaciones dentro el esquema integracionista para conseguir acuerdos vinculados a la apertura, expansión y diversificación de mercados subregionales, regionales y multiregionales en algunos de los casos, cuyo contenido ha ido transitado del disimulo hacia una posición cada vez mas intolerante de las empresas transnacionales respecto de sus inversiones, solicitando no sólo la concesión de un trato de nación, sino también de la inclusión de figuras jurídicas de protección a esta a través como por ejemplo de la emergencia y consolidación de la expropiación indirecta, basada en la cláusula de discriminación, todos estos elementos están siendo incluidos en el Capítulo de las Inversiones de los denominados “Tratados de Libre Comercio”, cuya única preocupación es establecer un mecanismo de seguridad jurídica, de protección a las inversiones extranjeras, facultando a estas multinacionales desde un *status artificial* de nación a demandar a un Estado si ve afectados sus beneficios expectaticios, afectando no sólo la credibilidad de los procesos de integración, sino también fisurando la soberanía de éstos.

D. Del Flujo

Pero, este análisis no seria completo si no se toma en cuenta el flujo del sistema jurídico de integración desde una perspectiva eminentemente policentrica donde

⁴³ *Ibíd.* P. 279

se admiten varios niveles de decisión y donde la construcción normativa se ha traducido en la creación de una nomenclatura, es decir de un lenguaje específico respaldado por los “sucesos” que se han dado a lo largo de su evolución, los cuales han establecido el fin de unos ciclos y el principio de otros, en este sentido, ya Russo en su Teoría General del Derecho indicaba en cuanto al flujo que se da en los “sistemas jurídicos que los hechos sociales, al penetrar dentro del sistema, pueden ser vistos en su doble aspecto de *hechos jurídicos* en cuanto forman parte del sistema jurídico, y de *hechos jurigenos* en cuanto interactúan (crean, modifican o extinguen) con otros hechos jurídicos”,⁴⁴ razón por la cual es evidente, que la vigencia de todo sistema jurídico se encuentra en la posibilidad de entender la sociedad a la que se representa, desde sus acciones más simples, lo cual se da desde el “sentido de obediencia”, que solo es promovida por una doctrina de inclusión antes que una práctica de exclusión, porque a diferencia del orden normativo nacional que se ejecuta a través del juez, el de integración se encuentra sometido a la característica subjetiva de los Estados miembros por una parte y al comportamiento de las comunidades fronterizas, por otra.

A estas alturas, una cosa es cierta y es que los procesos de integración todavía enfrentan numerosos problemas en el sistema, pero, esto no desmerece que este coadyuvando no sólo a la legitimación del proceso democrático, sino que por otra parte se estén sentando las bases doctrinales para el establecimiento de un Estado-Continente como parte de la nueva institucionalidad de este siglo, cuyos mayores desafíos son sin duda la superación de la marginalidad como consecuencia de la pobreza, la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo en un contexto de hiperinflación normativa.

Muy a pesar de esto nunca ha sido más evidente que el sistema jurídico de integración es quizás el más favorable junto al proceso democrático para fundar las bases del desarrollo de los Estados en este nuevo siglo, constituyéndose a partir de ello en un sistema de transición a un Estado-Continente.

⁴⁴ Ibidem P. 295

V. FORMAS DE INTEGRACION

Los procesos de integración admiten diversas formas que según algunos autores pueden dividirse claramente en dos teorías: una denominada de las formas y la otra de los niveles, en este sentido, sobre todo la última es quizás la más conocida en el ámbito jurídico del Continente Americano, ya que es evidente que esta define la identidad de los distintos órganos subregionales de integración en la escala de zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, siendo la más completa el nivel de la unión económica, sin embargo por razones de método se abordaran estos aspectos de forma inversa.

A. Unión Económica

La Unión Económica constituye el estadio más elevado de integración económica, pues no sólo contiene todos los elementos del mercado común, sino que además establece un proceso en el que la economía y la regulación se conjuncionan en una moneda y una estructura común de decisiones, que a diferencia de los otros niveles se admiten tres parámetros avanzados en las mismas que tienen que ver con los mecanismos jurídicos que fomentan el intercambio comercial y el orden jurídico.

En este sentido, es evidente, que lo jurídico se interrelaciona con la consolidación de un orden jurídico comunitario cuya jerarquía tiene que ver con la emergencia de una Constitución Supranacional a la cual se enlazaran las demás regulaciones comunitarias. Igualmente otra de las características es la creación de un sistema monetario único que se expresa mediante una única divisa de utilización general; y en cuanto al aspecto social se vincula a la normativa que permite enfrentar el conflicto primigeniamente interestatal, como es el caso de la inmigración intra-comunitaria que como resultado de la apertura de fronteras adquiere la conciencia de una ciudadanía comunitaria aboliéndose las prohibiciones en ese ámbito. Por

otra parte, la Unión Económica en el aspecto político involucra no sólo la unificación de políticas de todo tipo, sino que además promueve la designación de una autoridad de característica supranacional.

Al respecto se pueden muy bien establecer como un ejemplo palpable la Unión Europea donde coexisten una serie de elementos, y donde también es perceptible que la moneda única no solo esta construyendo un proceso de consolidación que ya va diseñando los parámetros de una constitución supranacional europea, que si hasta el momento si bien ha sido controversial, esto se ha debido fundamentalmente al déficit democrático que deviene del proceso de formación normativa pues estas se han dado en el seno de un órgano especializado y no así de una Constituyente.

B. Mercado Común

El Mercado Común es una fase superior del proceso de integración económica que se ubica después de la Unión Aduanera y antes de la Unión Económica, toda vez que debe agregarse a esta la libre circulación de los factores de la producción, y por ende es sujeto de perfeccionamiento.

Por eso no es de extrañar que para González Macchi “La formación de un mercado común implica necesariamente la creación de una estructura nueva, con poderes autónomos. [respaldado en] (...) la creación de un "Tribunal de Justicia" independiente, autónomo, que tenga como atribución fundamental la interpretación y aplicación del derecho comunitario y se constituya en el garante de la seguridad jurídica del proceso”⁴⁵. Es decir, que se debe comprender esta etapa de la integración, como una de las más importantes en tanto implican la formación de sistemas que claramente plasman la característica multifacética de este proceso a través de la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

⁴⁵ V. GONZALES Macchi Luís Ángel, Ob. cit. P. 2

Entre los que se consideran Mercados Comunes desde sus orígenes o como parte de las metas que pretenden alcanzar en el desarrollo de sus procesos se encuentran el Mercado Común Centroamericano (MCCA) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), aunque no se debe descontar a la Comunidad Andina que pretende serlo a partir del 31 de diciembre de 2005 según los últimos informes del Instituto Internacional de Integración.

C. Unión Aduanera

La Unión Aduanera constituye el nivel superior a la zona de libre comercio y tiene como característica especial la ampliación de los beneficios derivados de este, ya que al margen de la eliminación de los aranceles intraregionales plantea un arancel externo común (AEC), para los terceros países, pudiendo aplicar esta medida el Estado Parte que importe bienes de uno que no pertenezca al organismo subregional. Pero también se puede mencionar como una característica diferencial de la inferior la referida a la libre circulación de bienes y capitales.

Al respecto, se ha dicho que la Comunidad Andina se encuentra ubicada entre la Zona de Libre Comercio y una Unión Aduanera imperfecta, lo cierto es que muy a pesar de esta indeterminación es claro que la lógica que se establece va dada por los parámetros de una integración de características además de económica, también social y cultural.

D. Zona de Libre Comercio

La zona de libre comercio forma el primer peldaño en la teoría de los niveles de la integración, que consiste en un conjunto de países organizados que elimina los aranceles internos y aplica un arancel externo común frente a terceros no miembros del grupo.

En este sentido, por ejemplo la Comunidad Andina en sus inicios (1969) se formó como una zona de libre comercio que luego se plasmó a través del Programa de

Liberación que establecía la eliminación de los gravámenes y restricciones en todo sentido principalmente en relación con la importación de los denominados “productos originarios”, abarcando así la universalidad de éstos. Es así que a diferencia de otros órganos siguiendo el ejemplo anterior muy bien se puede indicar que la zona de libre comercio andina posee todos los productos de su universo arancelario liberados, no existiendo actualmente la consabida “lista de Excepciones” que pueden observarse en otros procesos de integración.

Asimismo, de acuerdo con otras posturas que no se desmarcan precisamente de la definición ya enunciada queda también claro que los aranceles que se anulan determinan de alguna forma la posibilidad de un precio común del universo de los productos comercializables entre los miembros del mismo órgano subregional de integración, resultando como parte de este compromiso la imposibilidad de uno de estos países –miembro- de incrementar a través de los aranceles establecidos a la importación el precio de los bienes que se hubiesen producido en otro de los estados parte, siendo un claro ejemplo de esta concepción el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

VI. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL SISTEMA JURIDICO DE LA INTEGRACION

Como todo sistema jurídico, el de la integración también admite ventajas y desventajas importantes para el desarrollo armónico de la sociedad entre los que podemos destacar en un primer momento como factores positivos: a) la expansión industrial b) optimización de la eficiencia productiva, c) expansión y diversificación del comercio, mientras que entre los negativos se pueden citar: a) pérdida de la “autonomía” estadual, b) acentuación de las asimetrías económicas en virtud del cumplimiento obligatorio de las disposiciones contenidas en los diferentes Tratados de integración económica.

Si bien todos estos elementos coadyuvan no solo a consolidar políticas de apertura, de expansión y diversificación de los mercados de la región, lo cierto es que también queda claro que las distintas actividades que se desarrollan en torno

a estas medidas no hace sino fomentar un nivel de competencia exacerbado que redundará en la posibilidad de establecer estímulos adecuados a objeto de promover si no muchas veces una mejor calidad del producto si una política de precios bajos.

En este sentido, es importante mencionar que las ventajas respecto del sistema jurídico de la integración pasa evidentemente por instrumentos aduaneros cuyo objetivo fundamental es el de promover una mayor y mejor circulación de bienes, por otra parte, se tienen también los institucionales que se plasman a través de los distintos órganos de carácter intergubernamental, cuyas acciones no están sino destinadas a la ejecución y control de medidas en función del ejercicio de la supranacionalidad. Asimismo otro de los instrumentos a través del cual se patentiza el desarrollo de este tipo de procesos de integración (económica) se vincula al aspecto jurídico en virtud de que mediante este se sientan las bases de las normas comunitarias.

Después de este análisis no es extraño que en el mundo se estén consolidando cada día mas los procesos de integración y para ello solo basta mencionar algunos de los mas importantes teniendo en el continente Africano a la CEAO- CEDEAO- CEEAC- COMESA; en América CARICOM- COMUNIDAD ANDINA- GRUPO DE LOS TRES- MCCA- MERCOSUR- NAFTA (TLC); en Europa UNION EUROPEA; en Asia ASEAN entre otros.

TERCERA PARTE

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO (TLC)

Los actuales procesos de regionalización se hallan comprometidos con la internacionalización económica de los últimos años, cuyos aspectos nodales están centrados en un programa de privatizaciones y desregulación financiera, constituyendo uno de los puntos críticos de esta relación la protección a la inversión extranjera directa.

Quizás, estas acciones se dieron en la perspectiva de encontrar una línea conductual hacia un determinado futuro, sobre todo si se asume que se está viviendo actualmente una etapa de consolidación capitalista, pero también se está en un momento de lo que muchos autores han denominado como la transición “intersistémica”, pues es el nuevo “orden” internacional que no es más que un verdadero “desorden” que se rediseña a partir de la unipolaridad política a la vez que implica también una marcada multipolaridad económica, en este sentido es evidente entonces como nunca los desequilibrios económicos de los cuales no solamente derivan las injusticias, cuyos orígenes no se asientan únicamente en los procesos de distribución de la riqueza si no también en el tipo de normas jurídicas creadas y luego aplicadas.

Es así que como afirma Ferrajoli “[V]ivimos hoy una crisis de época, no menos radical de la que el mundo atravesó hace quinientos años (...). [*mas aun si se toma en cuenta*] La capacidad destructora de los armamentos nucleares, las destrucciones siempre más amenazantes y catastróficas para el ambiente (...) [*que*] hacen más precario el equilibrio internacional y la conservación de la paz.”⁴⁶. Estos hechos no hacen sino poner en relieve la insostenibilidad de un sistema en un medio tan asimétrico como es la sociedad internacional y mucho más aun las distintas regiones del continente Americano, donde parece evidenciarse que la integración no sólo regional, sino tal vez mundial como proyecto de viabilidad económica y política, pueda darse únicamente sobre un fundamento jurídico, sobre todo porque el tan mentado Estado-nación comprendido desde siempre como sujeto primario del derecho internacional según el mismo autor “(...) ha sido puesto en crisis tanto desde lo alto como desde lo bajo. Desde lo alto a causa de los procesos de privatización, internacionalización y des-regulación de la economía, junto con la masiva transferencia a sedes supraestatales (...) Desde lo bajo, por los impulsos centrífugos y los procesos de disgregación interna (...)”⁴⁷

⁴⁶ V. FERRAJOLI Luigi, *La Conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados*. En “Soberanía un principio que se derrumba aspectos metodológicos y jurídico-políticos”, Buenos Aires. Edit. Paidós. 1º Edición. 1996. p. 170

⁴⁷ *Ibíd.* P. 171

de lo que se infiere que la lectura tradicional de lo soberano ya no se admite sino en función de la búsqueda de una construcción de la noción del de “supranacionalidad” espectro en el cual recién es posible comprender la dimensión de la inversión extranjera directa y los beneficios o desventajas que aporta a la construcción y consolidación de los procesos de integración regionales y subregionales.

Es debido a estos aspectos que es necesario abordar como hoy por hoy se definen los Tratados, el fundamento de los Tratados de Libre Comercio en un contexto eminentemente globalizado

I. DEFINICION DE LOS TRATADOS

El Tratado según Brotons es “el acuerdo por escrito imputable a dos o mas sujetos del Derecho Internacional con efectos jurídicos (...) resultado de una serie de actos sucesivos cuya realización compone las cuentas de un procedimiento (...) siendo la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales particulares”⁴⁸ de lo que se infiere que los tratados son instrumentos de primera jerarquía normativa a nivel internacional, ya que como afirma Reuter este se debe comprender en los parámetros de una “manifestación concordante de voluntades (...) regida por el ordenamiento jurídico internacional”⁴⁹ siendo evidente a partir de esta concepción que los tratados solo pueden darse entre los sujetos del derecho internacional Estado-Estado o Estado-Organismo Interestatal, y no así entre el Estado-personas particulares, ya que este último admite el denominativo de Contrato.

Por otra parte, es importante mencionar en esta lógica que las acciones que devienen del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el referido instrumento legal no hacen sino producir efectos jurídicos entre las partes

⁴⁸ Cfr. BROTONS Antonio et.al, *Derecho Internacional*, Barcelona. Editorial. 1ª Edición. 2001. P, 181-201

⁴⁹ V. REUTER citado por Cesáreo Gutiérrez. Ob.cit. P. 259

toda vez que están sometidas a un orden jurídico internacional, aunque muchos autores discrepen de la legitimidad y la solvencia de este sistema, un claro ejemplo es Hart, para quien este punto es un tema periférico en su obra toda vez que para él la duda sobre si el “derecho internacional” puede ser llamado derecho, así como también descuenta como ya se dijo el tema de la sociedad primitiva.

Posiblemente, esa tensión que todavía existe en el circuito jurídico sobre si el derecho internacional es o no un derecho en función de que en palabras de Hart, no puede ser, toda vez que considera que al carecer de una legislatura y por tanto de un sistema de sanciones organizadas, -este punto es quizás el que mas peso tiene en la comparación que plantea el autor en el ultimo capitulo de su obra The Concept of Law del derecho nacional con el derecho internacional- son los elementos de los que se sirve como argumentos para sostener que no se trata de un derecho, ya que la “obligatoriedad” en el sistema internacional es mas bien un principio de “no obligatoriedad”.

Esta afirmación si bien compara los dos sistemas: el nacional y el internacional, lo cierto es que ambos son distintos por la esfera territorial, el alcance normativo y sobre todo el sistema de sanciones. Mientras que en el sistema nacional el sujeto de derecho es el individuo, y el derecho es el mecanismo de control de una sociedad determinada emergente según sea la posición adoptada ya sea por precedente o legislación, y con carácter eminentemente obligatorio plasmado en un sistema de sanciones. El sistema internacional tiene como sujeto al Estado, el derecho sigue siendo un mecanismo de control de la sociedad internacional contenida en los instrumentos internacionales y cuyo principio de obligatoriedad depende del carácter subjetivo del Estado y cuyas sanciones por este motivo no pueden estar organizadas sin embargo de ello existen en otro ámbito denominadas económicas. De todo esto es evidente, que el derecho internacional sí puede ser definido como “derecho” aunque nuevamente recurriendo a las consideraciones hartianas la misma en el debate jurídico sea solamente convencional y la coloque en el camino de la “transición” de la cual se infiere que esta en proceso de formación, lo cual no es así, ya que si bien el proceso de

creación del derecho corresponde a momentos históricos que determinan no solo su contenido, sino también su alcance en el tiempo, es evidente que no se puede hablar de un proceso de formación que data de 150 años según el propio Hart cuando se habla del derecho internacional.

Es por eso que quizás no se tome en serio aun hoy las normas establecidas en los distintos tratados cuyo único objetivo no es sino plantear una regulación internacional a las relaciones entre los Estados y favorecer con ello la convivencia en comunidad internacional.

En este sentido, el derecho internacional debido a los conflictos constantes que enfrenta ha desarrollado varios tipos de instrumentos como son los acuerdos, convenios, convenciones, compromisos, cartas protocolos, pero el mas importante sin duda sigue siendo el Tratado pudiendo reconocerse en este sentido dos tipos: los tratados políticos y los tratados comerciales. El primero de ellos hace especial referencia fundamentalmente a los tratados de paz, mientras que este último regula los asuntos económicos entre ellos la reducción arancelaria para productos importados.

II. LA JERARQUIA NORMATIVA DE LOS TRATADOS

El sistema jurídico tanto interno cuanto internacional admiten una jerarquía normativa ya que la misma implica un sistema de graduación de importancia que va de mayor a menor, en este sentido, desde la lógica de las normas se pueden distinguir varios niveles en función de la recepción y aplicación de la norma, siendo uno de los máximos expositores y creadores de esta doctrina Kelsen quien a través de una pirámide planteaba que la norma mas alta era la Constitución, que es la que declara derechos, principios, garantías y constituye el Estado, seguida de las leyes cuya validez emerge de la Constitución; Decretos leyes que emanan del Poder Legislativo en casos de urgencia; los Reglamentos mismos que tienen un carácter administrativo; los Negocios Jurídicos que tienen que ver con los contratos privados, testamentos; Sentencias pronunciadas por el Poder Judicial,

Resoluciones de autoridades políticas y administrativas y las Ordenanzas municipales y otros.

Se debe dejar claro también, que toda jerarquía normativa responde fundamentalmente a un diseño constitucional, pero sobre todo a una concepción de soberanía que va expresamente planteada en el contenido de dicho documento, en el caso boliviano el art. 2 de la Constitución Política del Estado que afirma que “la soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio esta delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y judicial. La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno, las funciones del poder publico: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano”⁵⁰ a partir de esto es evidente, que el equilibrio es la base fundamental sobre la cual se organiza no sólo el poder, sino también la administración del Estado, lo cual plantea a su vez un conflicto a la hora de construir una jerarquía normativa coherente con los principios multiétnicos y pluriculturales establecidos en el art. 1º de dicha Constitución, ya que dicho ordenamiento debe convivir aun con las tradiciones que conforman lo que actualmente se denomina como “justicia comunitaria” de los pueblos originarios que habitan el territorio boliviano, razón por la cual resulta bastante mas complejo combinar las normativas de un derecho plural asentado en la tradición, con un orden jurídico nacional establecido y las normas del derecho internacional.

Pero, si se entiende que los tratados son los documentos constitutivos que dan origen a una organización interestatal o en su caso son el resultado de negocios entre uno o varios estados, adquiriendo a partir de ello las denominaciones de bi o multilaterales y en cuya conformación se sigue una serie de procedimientos, que emergen de las reglas internacionales, adquiriendo carácter obligatorio para las partes suscribientes a partir de su entrada en vigor entonces es importante reconocer un lugar privilegiado de estos en el contexto de la normativa de los distintos países, ya que son de naturaleza imperativa.

⁵⁰ V. Art. 2 de la *Constitución Política del Estado Boliviano*. La Paz. 2004

En este sentido, cabe indicar que es preciso distinguir los diferentes niveles jerárquicos que alcanzan los tratados dentro las distintas normativas nacionales de los estados, es así que se pueden observar claramente tres: a) constitucional, b) supralegal y c) legal, sobre todo si se entiende el concepto de jerarquía desde los parámetros lingüísticos de la real academia de la lengua española como orden o grados de importancia, entonces es claro que la misma involucra una serie de niveles, sobre todo respecto del derecho internacional y sus normas.

El rango **constitucional** de una normativa se asume en virtud de la disposición de una serie de derechos protegidos por la Norma Fundamental de un Estado, en razón de lo cual dentro el derecho internacional se consideran correspondientes a este rango los Tratados Internacionales, cuyo contenido material se halle vinculado al capítulo de derechos, y garantías de las personas, en este sentido muy bien se pueden citar que los Tratados, Acuerdos, Convenios sobre Derechos Humanos y otros.

Es así que por ejemplo el art. 6 de la Constitución Política del Estado Boliviano cuando establece que: “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes goza de los derechos, deberes y garantías, reconocidas por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera”⁵¹ es concordante con el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, convirtiéndose esta Declaración a partir de su contenido material en una norma de rango constitucional.

Por otra parte, cuando se hace referencia a un nivel **supralegal** de una norma determinada, se está reconociendo implícitamente el valor superior de un Tratado Internacional sobre las Normas del derecho interno, promoviéndose entonces un conflicto evidente entre el Tratado y la Ley, en este contexto para

⁵¹ *Ibíd.* p. 27

alcanzar una solución adecuada se trabajan bajo los parámetros de la armonización normativa considerándose que toda ley proveniente del derecho interno debe estar necesariamente en concordancia con la norma internacional.

Al respecto, se puede señalar el ejemplo de las Normas de Origen planteadas por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y la concordancia que guardan estas con las de igual naturaleza en el orden jurídico de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y la de los países miembros respecto de ésta.

A partir del principio de la suprallegalidad de los Tratados Internacionales que se infiere prevalentes ante las leyes nacionales, es evidente sin embargo, que tienen un carácter infra-constitucional, en tanto si bien la conexitud es importante, también es cierto que la norma internacional no puede ser aceptada por un Estado, si esta atenta contra su orden jurídico, cuyos parámetros de acción se encuentran plasmados en la Constitución.

Mientras, que en la jerarquía normativa también se encuentran aquellas que poseen **igual jerarquía que las leyes**, que convierten a los Tratados Internacionales una vez aprobados y ratificados en parte implícita del derecho interno de un Estado con fuerza de ley, lo cual involucra cumplimiento obligatorio.

En este sentido por la misma jerarquía se presentan mas posibilidades de colisión entre los Tratados Internacionales y las Leyes, mismas que sin embargo pueden resolverse no necesariamente a partir del principio de jerarquía, sino mas bien por la consideración de los principios de competencia de la norma especial sobre la general y de la norma posterior sobre la anterior.

III. EL FUNDAMENTO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC)

El fundamento del libre comercio se halla indiscutiblemente en el liberalismo que se puede considerar como una utopía pragmática ya que plantea un menor

gobierno para un mayor predominio desregulador, en un orden donde predomina la desigualdad sobre la propiedad privada ya que el mismo se inscribe en los principios de libre oferta y demanda que son los que logran de alguna forma el equilibrio social según diversos autores, aunque cabe preguntarse ¿de que equilibrio se puede hablar si este se fundamenta en una propiedad privada que deviene de una distribución inequitativa donde el mercado y la libre empresa son los elementos centrales de configuración societaria?

Por otra parte, la tendencia neoliberal de los últimos tiempos que no ha hecho sino consolidar una economía de mercado como el bien maspreciado y cuyo interés se encuentra en la regulación a través del poder del mercado de la competencia a fin de constituir monopolios, provocando que el derecho esencial a esta se vaya estructurando en una espiral increscendo de hipercompetencia. Quizás porque de acuerdo con esta lógica el libre comercio que se viene propugnando es muy beneficioso en tanto estimula el crecimiento del comercio bajo diversos argumentos que tienen que ver con la apertura de los países como sujetos susceptibles a un mayor crecimiento, toda vez que las exportaciones que se producen a consecuencia de este tipo medidas impulsan el mismo y por ende mejoran el nivel del PIB, pues la tendencia paternalista puesta de manifiesto en políticas proteccionistas ya no tienen cabida en un mundo globalizado como el de hoy, mucho menos cuando la reducción de los aranceles a las importaciones tienden a incrementar las ventajas comparativas.

En este sentido, se debe entender el crecimiento comercial como un instrumento de lucha contra la pobreza, porque se considera que el agro bajo estos parámetros puede crecer con mayor apertura, pues los productores agropecuarios son los mas propensos a estos tipos de procesos, ¿será esto evidente?, de ser así ¿como se plasma el cambio y en que se traduce?, seguramente igual que estas interrogantes se desprenden muchas otras a las cuales hay que encontrarles no solo un argumento sino una respuesta real, porque tiene que ver con un problema continental principalmente multidimensional.

Otro de los argumentos en los cuales se basa la existencia y promoción de los Tratados de Libre Comercio tiene que ver con la necesidad que tienen los Estados Latinoamericanos de internacionalizar los espacios fiscales a fin de lograr políticas expansivas; el gasto público y la deuda pública que se encuentran en niveles NO sostenibles y que frente a estas circunstancias estos instrumentos jurídicos internacionales buscan prácticamente incrementar la demanda de exportaciones lo que deriva según esta teoría en un crecimiento del mercado en los casos de la integración de forma subregional, aunque hay que dejar muy en claro que esto no puede darse de forma indefinida, mucho más si se tiene en cuenta que este referido crecimiento depende ineludiblemente de la inversión extranjera como están planteados los contextos socio-económicos y jurídico-políticos.

En otras palabras, se trata fundamentalmente de una apertura “gradual” que pretende una inserción privada a las nuevas reglas de juego creadas para ellas por los Estados a fin de conseguir una certificación de confianza económica y madurez política y en esta lógica se intenta mejorar las condiciones de acceso comercial. Sin embargo lo que no puede dejarse de lado es que los TLC desde su creación se han convertido en un fenómeno de la redefinición de la dominación mundial, sobre todo en tanto protege los intereses particulares del inversionista extranjero y quizás por ello es que se inscribe dentro de la evolución no solo política, económica y jurídica de los “Nuevos” Estados, emergentes de los Programas de Ajuste Estructural (PAE), sino que además su principal discusión se orienta en función de sus elementos centrales que guardan especial relación con las transnacionales a partir de la cual se convierten en el marco regulatorio supra-constitucional y supra-democrático de las relaciones comerciales interestatales construidas desde esa postura.

En esta lógica lo que ha logrado el TLC a través de su aplicación es demostrar que antes de constituirse en un instrumento de unidad es un elemento que ha

fragmentado a partir del contenido de su normativa y de su orientación comercial la multilateralidad de las relaciones interestatales promovidas y consolidadas por los procesos de integración desde la segunda mitad del siglo XX, planteando un esquema de relacionamiento bilateral o trilateral aunque si bien hay que admitir que en el caso del CAFTA a pesar de observarse la participación de varios Estados, no implica en ningún momento la construcción de un nuevo proceso de integración, sino que muy al contrario pareciera ser el principio de la reconstrucción del mismo.

Pero, el libre comercio como teoría económica de los últimos tiempos a nivel internacional ha adquirido un matiz muy particular en el continente americano, sobre todo porque a la hora de plantear la apertura de nuevos mercados en territorio norteamericano este ha procedido ha “cocalizar” esta tendencia económica procurando a su vez que la multilateralización se de bajo los parámetros de los diversos mecanismos e instrumentos como es el caso particular en la subregion del APTA o APTDEA, ambas con claras tendencias de condicionamiento emergente del control del narcotráfico, pero también se tiene el planteamiento del ALCA en su expresión mas dura.

IV. LOS TLC MÁS EMBLEMATICOS

Los Tratados de Libre Comercio se pueden definir siguiendo los ejemplos anteriores, como el acuerdo entre dos o más países, cuyo objetivo es la regulación comercial. Pero también se puede indicar que en esta lógica el TLC procura establecer una zona de libre comercio (ZLC) –primer nivel de integración- entre los Estados Parte, sin embargo, estos no pueden ser considerados a pesar del objetivo que pretenden en la dimensión teórica de los niveles de la integración debido a su carácter bilateral, aunque actualmente han adquirido mas bien una tendencia multilateral siendo uno de sus objetivos centrales la liberalización de la totalidad de los productos y de servicios.

Quizás por ello la suscripción de Tratados de Libre Comercio se ha ido incrementando a nivel continental existiendo en la actualidad varios, siendo los más importantes el TLCAN, y siguiendo este modelo regulador se encuentran los suscritos por Costa Rica, el Grupo de los 3, Bolivia, Nicaragua, Chile y el Triángulo del Norte (CA 3), y últimamente el CAFTA, en cuya parte sustantiva se incluyen los principios y la regulación y en la adjetiva se establecen los procedimientos de Solución de Controversias. En este sentido el contenido principal de estos instrumentos obedece ciertamente de acuerdo con Hopenhayn y Vatóli con el libre movimiento de capitales a través de las fronteras nacionales⁵² ya que es evidente que las asimetrías económicas nacionales de los países latinoamericanos promueven la necesidad de establecer mecanismos que aseguren la certeza jurídica bajo el argumento de que este tipo de tratados permitirá como consecuencia lógica un desarrollo más armónico de las economías aunque ha quedado evidenciado que estos durante los años de aplicación que tienen (1994) no ha logrado reactivar el aparato productivo en la mayor parte de los países en una dimensión de mediano y largo plazo desde el punto de vista de las expectativas que acompañaron su suscripción.

Es por este motivo que se debe indicar también que si bien los Tratados de Libre Comercio son producto del proceso de “reorganización del poder económico en el mundo”⁵³, como es la globalización que según Hopenhayn constituye “una característica fundamental de la transformación de las relaciones económicas internacionales, de la dinámica de la economía mundial contemporánea, de su conformación actual y de sus perspectivas (...)”⁵⁴ lo cual traduce el verdadero contexto en el cual se desarrollan actualmente las relaciones económicas de los estados. Y en este contexto económico y social de hoy pareciera que los TLC son resultado del “éxito económico” de las naciones, pues supuestamente forman

⁵² Cfr. HOPENHAYN Benjamín Y VATOLI. En: *La globalización financiera: génesis, auge, crisis y reforma*. Buenos Aires. Fondo de Cultura económica. 1º Edición. 2002, p. 16

⁵³ Cfr. BOMFIN Evandro. *TLC resulta una falsa promesa de empleos para los chilenos*. Adital. [Internet] www.adital.org 29/09/04. 20 de octubre de 2005 13:22 p.m.

⁵⁴ Cfr. HOPENHAYN et,al .ob cit. p. 16

parte de un periodo de madurez jurídica y económica de los mismos producto de la estabilidad y la certeza lograda a través de medidas financieras y regulatorias en ese sentido.

Este tipo de tratados es negociado por cada uno de los gobiernos de cada uno de los Estados interesados en ser parte de el, ya que los principales temas que forman parte de estos están relacionados con el acceso y apertura de mercados, servicios, inversión, compras de gobierno, la propiedad intelectual, medidas medio ambientales, laborales, y de defensa, así como también de solución de controversias entre otros, todos estos bajo el paraguas del librecambio.⁵⁵ En este sentido se debe indicar que la denominación de “libre comercio” no es ni un concepto ni una práctica nueva, ni se refiere sólo al comercio, sino que está ligado a un modelo de producción económica y reproducción social. Es la bandera más importante de lo que hoy conocemos bajo la denominación de “neoliberalismo” y lo era también cuando el “liberalismo” fue el modelo hegemónico.⁵⁶

Es así, que entre la variedad de TLC suscritos por los países del continente, existen algunos mas importantes que otros no sólo por la dimensión e influencia histórica como es el caso del NAFTA, y a partir de esta las que se traducen en una extensión de la misma adquiriendo notoriedad el recién suscrito CAFTA, cuyas proyecciones si se toma de ejemplo el anterior no son precisamente muy halagüeñas. Igualmente se pueden advertir que actualmente existen numerosos tratados de este tipo en proceso de negociación, entre estos sin duda el que mas revuelo ha causado es el ALCA.

⁵⁵ El librecambio debe entenderse como el intercambio entre países de bienes y materias primas sin restricciones del tipo de aranceles, cuotas de importación o controles fronterizos. En virtud de lo cual debe comprenderse como parte de una política económica que se halla en contraste con el proteccionismo desarrollado durante la década de los 70 por gran parte de los Estados Latinoamericanos.

⁵⁶ V. ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL, *Sepamos a que ellos llaman “libre comercio” para poder luchar mejor contra el ALCA*. En Cuadernos Practicas “ejemplares” del Libre Comercio. Octubre.2003. Artículo. [Internet] www.alianza-social-continental.org 24 de octubre de 2005. 14:38 p.m..

CUADRO I. 1
TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

TRATADO	FECHA DE SUSCRIPCION	FECHA DE ENTRADA EN VIGOR
BOLIVIA		
Bolivia – México	10 de septiembre 1994	1º de enero de 1995
CANADA		
Canadá – Chile	5 de diciembre 1996	5 de julio de 1997
Canadá – Costa Rica	23 de abril de 2001	1º de noviembre de 2002
CARIBE		
CARICOM – Republica Dominicana	22 de mayo de 1998	
CENTROAMERICA		
Centroamérica – Chile	18 de octubre de 1999	Costa Rica – Chile: 15 de febrero de 2002 El Salvador – Chile: 3 de junio de 2002
CAFTA – EE.UU. – RD (El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Honduras, Costa Rica, Rep. Dominicana y Estados Unidos)	5 de agosto de 2004	Pendiente
Centroamérica – Panamá	6 de febrero de 2002	
Centroamérica – Republica Dominicana	16 de abril de 1998	Costa Rica – RD 7/03/02 Salvador – RD 4/10/01 Guatemala – RD 4/10/01 Honduras – RD 19/12/01
CHILE		
Chile – AELC	26 de junio de 2003	1º de diciembre de 2004
Chile – Corea	15 de febrero de 2003	1º de abril de 2004
Chile – Estados Unidos	6 de junio de 2003	1º de enero de 2004
Chile – México	1º de octubre de 1998	1º de agosto de 1999
COSTA RICA		
Costa Rica – México	5 de abril de 1994	1º de enero de 1995
ESTADOS UNIDOS		
Estados Unidos-Australia	18 de mayo de 2004	1º de enero de 2005
Estados Unidos-Bahrein	14 de septiembre de 2004	
Estados Unidos-Israel	22 de abril de 1985	19 de agosto de 2005
Estados Unidos-Jordania	24 de octubre de 2000	17 de diciembre de 2001
Estados Unidos-Marruecos	15 de junio de 2004	
Estados Unidos-Singapur	6 de mayo de 2003	1º de enero de 2004
NAFTA (Canadá, México y Estados Unidos)	17 de diciembre de 1992	1º de enero de 1994
MEXICO		
Grupo de los Tres (México, Colombia y	13 de junio de 1994	1º de enero de 1995

<i>Venezuela)</i>		
México – AELC	21 de noviembre de 2000	1º de julio de 2001
México – Israel	10 de abril de 2000	1º de julio de 2000
México – Japón	17 de septiembre de 2004	1º de abril de 2005
México – Nicaragua	18 de diciembre de 1997	1º de julio de 1998
México – Triangulo del Norte (<i>El Salvador, Guatemala, Honduras, y México</i>)	29 de junio de 2000	El Salvador 15/03/01 Guatemala 15/03/01 Honduras 1º/06/01 México 14/03/01
México – Unión Europea	23 de marzo de 2000	1º de julio de 2000
PANAMA		
Panamá – Taiwán	21 de agosto de 2003	1º de enero de 2004

Fuente: Elaboración Propia⁵⁷

A. NAFTA

El diseño de una estructura normativa que admite una lógica económica neoliberal-corporativista, traducida en la necesidad de incluir figuras jurídicas que constituyan los nuevos mecanismos para la protección y garantía de la inversión extranjera, como es la expropiación indirecta, en los instrumentos jurídicos internacionales de “nueva generación”, son los que conducen a la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA) entre Canadá, Estados Unidos y México el 17 de diciembre de 1992, entrando en vigencia recién el 1º de enero de 1994 y convirtiéndose desde entonces en el modelo de la nueva tendencia que admitieron las relaciones interestatales, fundamentalmente bilaterales a partir de ese momento, ya que luego se vio un incremento de otro tipo de acuerdos que adoptó el contenido principal de estos, sobre todo en torno a la inversión extranjera bajo la justificación de la “stabilization clause”.

Por otra parte, es evidente que el TLCAN de conformidad con la nueva tendencia económica mundial al incluir los mecanismos de protección y garantía de la inversión extranjera ya referidas lo hace en función de los objetivos que se encuentran contenidos en el art.102 numeral 1, como son el trato nacional, trato

⁵⁷ Estos Datos fueron obtenidos del registro del Servicio Internacional de Comercio Exterior contenida en su web. [Internet] www.Sice.oas.org/trades.asp/HTML 20:30 p.m. 3 de diciembre de 2005

de nación más favorecida y transparencia, los mismos que se expresan a partir de los siguientes puntos: “(...) a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes; b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio; c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes; d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes; e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado”,⁵⁸ es decir, que los elementos fundamentales que se ven plasmados en esta parte no hacen mas que corroborar que el contenido normativo no hace sino traducir el sistema de hipercompetencia internacional hacia una regulación específica y en este caso sostenida por este Tratado.

Al respecto, es importante destacar que el TLCAN según los datos del Banco de México ha generado a partir de la Inversión Extranjera Directa 112.782 de los 141.253 millones de dólares que han ingresado a la economía nacional, lo cual no ha hecho sino plantear el fenómeno al cual se refiere Graham, cual es el de la “*desnacionalización de la economía*”, y claro ante estas circunstancias no cabe sino promover esta serie de medidas jurídico-económicas –como la expropiación indirecta-, tendientes a proteger este tipo de ingresos a los Estados, ya que se comprende que estas juegan un rol protagónico, toda vez que se como considera una contribución a la estrategia de desarrollo, sobre todo en el caso de México, cuyos niveles de exportación lo anotan entre los grandes en las diferentes esferas productivas, aunque es claro que esta vocación parecen tener la mayoría de los Estados ya que por las acciones que asumen es evidente, que su relación se establece en tanto posibilidad de mercado pueda aperturarse o consolidarse, ya que de lo contrario no existiría.

⁵⁸ V. art. 102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 17 de diciembre de 1992. (Canadá, Estados Unidos y México).

Por otra parte, se entiende que el enorme flujo que ha producido la inversión Extranjera Directa se ha concentrado en este caso en un grupo reducido tanto de actividades cuanto de empresas y por ello la desregulación financiera, sobre todo ha promovido la apertura y diversificación de este tipo de inversiones, pero lo que si es cierto de conformidad con Nadel es que “las reglas de inversión del TLCAN son particularmente peligrosas en tanto que prohíben el acceso a medidas centrales de política industrial”⁵⁹

Siendo evidente entonces, que el TLCAN ha sido y es un verdadero experimento en cuanto a la desregulación “rápida” del comercio y de las inversiones entre los Estados Parte fundamentalmente porque “(...) incluye el mecanismo de “inversionista-Estado” que concede garantías y protecciones jurídicas especiales y nuevos derechos a las empresas de un país signatario del tratado que quiera invertir en otro país miembro del tratado (...) como “barreras comerciales” o “expropiación de propiedad” [*entendiéndose que el concepto de propiedad*] incluye “ganancias actuales o futuras” (...)”⁶⁰ lo cual demuestra que este tipo de tratados se inscribe dentro de una lógica neoliberal-corporativa donde el principio de la propiedad involucra no solamente el bien preexistente, sino también los que pudieran resultar como consecuencia del buen manejo de estos.

B. CAFTA-RD

El CAFTA-DR es el tratado de libre comercio suscrito entre los países Centroamericanos de El Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica, Guatemala, Republica Dominicana y los Estados Unidos, bajo casi la misma estructura normativa del TLCAN, resultando inevitable observar la disposición de un marco jurídico que incorpora plenas garantías a la inversión extranjera directa (IED) como

⁵⁹ Cfr. NADEL Alejandro, AGUAYO Francisco y CHAVEZ Marcos, *Siete Mitos sobre el TLCAN y Tres Lecciones para América Latina*. México. Programa de Ciencia, Tecnología y Desarrollo. El Colegio de México. Noviembre 2003. www.colmex.mx/centro/cee/procientec 15:30 pm 2 de diciembre de 2005

⁶⁰ *Ibíd.*

parte según Pérez de la “(...) expresión de los fenómenos globales que tienen lugar en este momento en la economía y la política en particular”⁶¹

Al respecto, de esta afirmación sin embargo, hay quienes piensan que el CAFTA-DR no puede considerarse como un Tratado de Libre Comercio, en virtud de que no se refiere específicamente al comercio, toda vez que no promueve de forma alguna la libertad comercial y si muy por el contrario si lo hace con las restricciones y controles conduciendo hacia una permisividad en cuanto a la instalación de oligopolios internacionales se refiere.

Por otra parte, es importante también considerar que si bien el CAFTA-DR al momento de su suscripción estableció como fecha límite de entrada en vigor el 1º de enero de 2006, lo cierto es que a pesar de las ratificaciones que se dieron en la mayoría de los Estados Parte, excepto Costa Rica debido a conflictos internos de índole político que aun no lleva adelante este formalismo, hecho que ha postergado la entrada en vigor de este Tratado, porque a decir de Norton “los países firmantes necesitan hacer cambios para adaptar sus leyes y normas en una serie de asuntos”⁶² lo cual no deja de preocupar, pues los cambios que se deben llevar adelante concordante con el contenido dispositivo del referido instrumento jurídico internacional, representa un verdadero peligro para el sector agrícola y la mediana empresa, que temen que las “nuevas normas” afecten al borde de producir un domino de quiebras, por los bajos niveles de competitividad que estos han alcanzado, pero si la discrepancia es un denominador común en Centroamérica no ha sido diferente en los Estados Unidos de Norteamérica donde la ratificación de este tratado se ha dado únicamente con un voto de diferencia ante las fuertes críticas del sector demócrata en tanto consideran que su orientación y contenido afectará a los obreros estadounidenses.

⁶¹ Cfr. PEREZ J.A. *El Tratado de Libre Comercio de Centro América y Estados Unidos: funcionalidad y límites de una estrategia transnacional*. La Habana. Centro de Investigaciones de la Economía Mundial. 2005. La Habana, ob. cit.

⁶² V. GLOBOVISION. [Internet] www.globovision.com/news.php?nid_17070.html 11:13 a.m. 9 de enero de 2006.

Lo cierto es que la aprobación de este Tratado según Anderson constituye “un enorme desencuentro para los grupos no neoliberales tanto en Estados Unidos como en Centroamérica. La esperanza era que si el CAFTA-RD era derrotado podría también haber golpeado las negociaciones del ALCA (Acuerdo de Libre Comercio de las Americas) y la nueva ronda de la Organización Mundial de Comercio (OMC)”⁶³ Esta afirmación no hace sino poner en evidencia que tanto la negociación así como la suscripción y luego la ratificación de este instrumento internacional que ha provocado posturas contrarias, debido principalmente a las asimetrías económicas, lo cual a su vez ha producido sus propios argumentos a partir de la comprensión de la tendencia empresarial que admite éste desde una visión en el que se evidencia desde ya un posible daño a la economía de trabajadores y campesinos.

En este sentido, muy bien se pueden vislumbrar que los puntos principales a favor se relacionan con la “dinamización” económica a través del incremento de los niveles de exportación, lo cual ciertamente se expresara en el PIB, y que producirá el efecto de una “seguridad jurídica” a fin de fomentar la inversión extranjera directa (IED). Sin embargo las razones que plantean los que se oponen a la vigencia de este Tratado tienen que ver con el incremento de los niveles de pobreza que se producirían en la región como consecuencia de la libre hipercompetencia la misma que se desatara a partir de la reducción de las barreras arancelarias y de los subsidios agrícolas que han resultado la piedra en el zapato, sobre todo en tanto implican productos tradicionales de la zona como son el arroz, frijol y maíz, hecho que conducirá a la necesidad de obtención de créditos rurales, los mismos que un contexto de pobreza, desigualdad y conflicto de propiedad de la tierra no hace sino convertirse en un verdadero problema para la credibilidad del Estado de Derecho.

⁶³ V. ANDERSON Sarah, *CAFTA Revela cambios en la política comercial norteamericana*. GLOBOVISION. [Internet] www.globovision.com/news.php?nid_17070.html 11:20 a.m. 9 de enero de 2006.

Por otra parte, según Moreno este tratado, que puede ser considerado como un instrumento de anexión, que profundiza el subdesarrollo y consolida el ajuste a través de la subordinación del marco jurídico nacional, porque a decir del mismo autor el CAFTA-RD “vulnera el principio de igualdad por la imposición de un trato nacional y trato de nación mas favorecida, que en la practica es una forma discriminatorio para las personas naturales y jurídicas nacionales (...) [ya que] transgrede la soberanía al prohibir explícitamente a los gobiernos la definición de sus propias políticas publicas y definir tribunales supranacionales corporativos para dirimir controversias”⁶⁴ en razón de lo cual no puede considerarse bajo ningún punto de vista este Tratado como una alternativa para los Estados Centroamericanos, mucho mas aun en la lógica implícita del Capitulo de Inversiones.

C. Tratados de Libre Comercio en Proyección

Como ya se apunto anteriormente ya existen de acuerdo con los datos del Cuadro I.1 varios TLC suscritos en el Continente, sin embargo hay cerca de 100 según datos del SICE siendo negociados en el mundo entero actualmente, sin embargo de todos ellos por la dimensión económica, jurídica, social y política que implica se mencionara en este acápite únicamente el Acuerdo de Libre Comercio de las Americas (ALCA).

C.1 Acuerdo de Libre Comercio de las Americas (ALCA)

El Acuerdo de Libre Comercio de las Americas (ALCA) no se puede considerar como un TLC, sino como el resultado de una política de imposición de medidas gubernamentales norteamericanas cuya iniciativa plantea fundamentalmente: a) la liberalización del comercio de bienes industriales, b) la desregulación de servicios, c) la desregulación de inversiones, d) la desregulación de compras

⁶⁴ Cfr. MORENO Raúl, *Análisis de la inconstitucionalidad del CAFTA. Caso El Salvador*. Red. Santi Tichan. Mimeo, febrero de 2005. San Salvador

gubernamentales, y e) sobre los derechos de la propiedad intelectual, a través entonces de acciones de eliminación o reducción de la intervención estatal en cuanto a las transacciones se refiere, este hecho unido a la inexistencia de un trato especial en función de las asimetrías económicas de los Estados Latinoamericanos plantean necesariamente que estas se deban traducir en una desregulación normativa que conduce a la “extranjerización” de los servicios, perspectiva desde la cual se pretende legitimar la libertad de desplazamiento de capitales mediante el levantamiento de restricciones que permiten no sólo su ingreso, sino también una conducta de permanencia.

Ante este contexto el ALCA ha promovido la generación de un nuevo lenguaje que deviene de las mesas de negociación de contenido, habiendo adquirido a través de ellas denominativos como flexible, integral, a la carta, fuerte, light, aunque lo que es evidente es que el sistema de comercio multilateral que pretende desarrollar en un mundo en crisis y que debe admitir un nuevo contenido que parta de la consideración de la necesidad que se tiene de la creación de un fondo compensatorio ante las medidas de subsidio a productos agropecuarios, así como también se debe de poner en vigencia los requisitos de desempeño tan necesarios para este sector en función de la promoción de nuevas fuentes de trabajo que generen un verdadero bienestar. Porque es claro que “en la propuesta de “integración” del ALCA, el desarrollo de América Latina, la región con mayor desigualdad en la distribución de la riqueza, esta subordinado en un segundo plano al comercio y a la búsqueda de la ganancia para las grandes corporaciones (...) [ya que es] básicamente una extensión del TLCAN (...)”⁶⁵ y entonces queda claro que solo pueden darse tres posturas ante esta propuesta: la primera aceptar esta en función del contenido como una extensión del NAFTA, la segunda no aceptarla y por tanto no firmarla, y por ultimo queda la negociación en el amplio margen que permite la necesidad de darle un nuevo matiz al contenido regulador de dicho Tratado, tomándose en cuenta para cualquiera de estas alternativas las

⁶⁵ V. BELLO Walden citado por Roberto González y otros. *ALCA subordina el desarrollo a ganancias de corporaciones, dice Walden Bello desde Miami*, Miami, Noviembre 2003. www.jarnada.unam.mx 16:00 pm 2 de diciembre de 2005

condiciones de inferioridad comercial y asimetría económica de los países latinoamericanos frente a los Estados Unidos de Norteamérica, esto con el fin de lograr una agenda de equilibrio para la región.

Sin embargo, lo que parece traducirse es que se está frente a un proyecto americano de constitución económica global, porque lo que es evidente es que no es un acuerdo comercial toda vez que no está basado en la “reciprocidad” debido a las asimetrías imperantes y mucho menos entonces puede considerarse como un acuerdo de integración, pero a su vez es mucho más que un acuerdo de apertura de fronteras para la libre circulación de mercancías, es principalmente un proyecto legal concreto, aunque los niveles políticos antiglobalizadores lo consideran en como un Proyecto de anexión a mediano plazo, porque el argumento central que sostiene su existencia tiene que ver según Wiener con que Estados Unidos “tiene una balanza comercial extraordinariamente deficitaria, o sea pierde en su relación comercial con casi todo el mundo (...) Eso significa que EEUU si quiere reducir su brecha comercial tiene que aumentar su comercio con América por que América es un territorio donde tiene mejores ventajas para aumentar exportaciones y reducir importaciones”⁶⁶ de lo que se infiere que la suscripción de un Tratado de este tipo conduciría ineludiblemente a una nueva postura de dominación económica sobre los países latinoamericanos a nombre del desarrollo, nada más falso si se toma en cuenta los conceptos normativos del desarrollo planteados por Nohlen y Muscheler, que se asientan sobre los aspectos del crecimiento económico, trabajo, igualdad y justicia, participación y democracia así como de independencia y autonomía.

Entonces, lo que no se puede negar es que el ALCA busca “anexar las 34 economías del continente y el Caribe –exceptuando a Cuba– con el propósito de garantizar a las empresas norteamericanas el control de un territorio que va del Polo Ártico hasta la Antártida con libre acceso, sin ningún obstáculo o dificultad

⁶⁶ Cfr. WIENER Raúl, *TLC: Declaración Universal de los derechos del inversionista (extranjero)*. Lima. Conferencia presentada en el Foro TLC Perú-EEUU. Coordinadora “otro Mundo es Posible”. 1º octubre de 2004. Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM. P.3 paper

para sus productos, servicios, tecnología y capital en todo el hemisferio”⁶⁷ de lo que se infiere que los intereses de dichas empresas multinacionales constituyen el elemento central de vínculos internacionales en un mundo globalizado, donde parece ser que además de este todos los TLC se han convertido en parte fundamental de la política de seguridad nacional del gobierno norteamericano, sobre todo si se toma en cuenta la gran promoción de transformaciones que requiere para plasmarse en el marco jurídico a partir de la inclusión de una lógica de desregulación y liberalización que permite un incremento y consolidación de la inversión extranjera en ese ámbito geográfico.

⁶⁷ Cfr. LEON Osvaldo, *Movilización continental contra el ALCA*. ALAI. 24 de enero de 2005. [Internet] www.alainet.org/docs/1698.html 12:57 p.m. 10 de enero de 2006

CAPITULO II

LA EXPROPIACION INDIRECTA

INTRODUCCION

Es evidente, que la internacionalización económica de los últimos años ha ido consolidando un diseño de políticas cada vez más agresivas, cuyo rol protagónico sin duda esta dado en virtud de un sesgo transnacional fundamentalmente ligado al argumento que le proporciona la necesidad de garantizar y proteger la Inversión Extranjera Directa (IED). En este sentido se han desarrollado una serie de mecanismos y transformaciones jurídicas, siendo la expropiación indirecta la figura mas importante toda vez que sus efectos están afectando los lineamientos principistas de los procesos de integración y la credibilidad en el sistema democrático que devienen de la aplicación de ésta figura en el contexto de la autorregulación y la construcción de los vínculos internacionales.

En este sentido es nodal abordar el tema de la expropiación a partir de una breve revisión histórica, a objeto de comprender la dimensión de los efectos que devienen de su mutación vinculada esencialmente a la lógica del Nuevo “Des-Orden” Mundial cuyo argumento central parece estar dado por el tipo de inversión ya mencionada.

En virtud de todos estos argumentos el presente capítulo abordara en tres partes este eje temático. En el primero de ellos se procederá a realizar un análisis desde una perspectiva histórica acerca del origen, las definiciones, las teorías y el

fundamento de la expropiación. Mientras que en la segunda parte se procurara una explicación en torno a las razones a partir de las cuales se desarrolla la mutación conceptual desde una perspectiva eminentemente económica utilizando para este fin la línea de la Inversión Extranjera Directa (IED) en un contexto fundamentalmente globalizado. Para finalmente en la tercera, siguiendo esta lógica de reflexión y a objeto de entender mejor la importancia que esta figura –la expropiación indirecta– ha cobrado en la sociedad comercial internacional se realizara un análisis de la misma y de su inclusión en los instrumentos legales internacionales como son los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos en los últimos quince años en los cuales se encuentra inserta.

PRIMERA PARTE LA EXPROPIACION

En esta primera parte se abordara el tema de la Expropiación a partir de los matices que brindan las diversas conceptualizaciones, que se originan en teorías diferentes, en virtud de lo cual se consideraran también la naturaleza jurídica de esta figura, así como también los sujetos que forman parte del procedimiento y las características que éste tiene.

I. ANTECEDENTES DE LA EXPROPIACION

La expropiación es una institución jurídica que históricamente ha tenido siempre una especial relevancia, en tanto implica un acto limitativo del ejercicio del derecho propietario en virtud de lo cual es importante sobre todo a fin de conocer ampliamente el mismo, establecer sus orígenes (A), para luego definir esta figura jurídica a partir de la posturas planteadas por tratadistas y también por las contenidas en las diferentes normativas (B). De igual forma se hará referencia a la naturaleza, los tipos y sujetos del acto expropiatorio (C), y con ello abordar las distintas teorías sobre las que se sostiene el argumento de esta noción (D) a fin sobre todo de ver los bienes y el procedimiento que este consigna y sigue de conformidad con las distintas legislaciones (E).

A. Acerca del Origen

En cuanto a la expropiación se puede afirmar que es una figura jurídica que en este tiempo tiene una presencia inequívoca en las distintas regulaciones de los Estados en particular y actualmente también en los instrumentos legales internacionales que regulan las relaciones interestatales, pero no siempre fue así ya que los antecedentes de esta institución remiten esta a una presencia no concebida como un mecanismo de garantía y protección de la propiedad privada, pues si la revisión histórica es correcta un ejemplo de esta no ha podido ser hallado en los pueblos orientales, probablemente porque en los tiempos del Faraón y otras autoridades, el poder, las tierras y las vidas eran propiedad ineludible del mandato divino detentado por estos y entonces no podía existir la misma.

Sin embargo es interesante observar que los primeros atisbos de la expropiación se dan en el contexto del *Antiguo Testamento* cuando el Rey David solicita a Arauna que le ceda su terreno para que en el se pueda elevar un altar de adoración al Señor⁶⁸, pero lo curioso de este hecho es que la solicitud va acompañada del requerimiento del “precio justo”, que es una de las características de esta institución jurídica.

Asimismo en Grecia se consideraba la expropiación, comprendiéndose esta en la dimensión del vínculo de preeminencia del Estado con la propiedad privada, es decir desde una posición eminentemente principista. Pero en Roma a diferencia de estas dos sociedades existen varias voces que se contradicen sobre la existencia de esta figura jurídica, y quizás debido a ello es que se hacen visibles dos corrientes: la primera que afirma que la expropiación como tal no existía en razón de que Roma poseía un Código de Edificaciones y un ejemplo claro de esta afirmación viene dada por la actitud del *César* Augusto que se negó en su momento a ampliar el Foro, toda vez que este hecho iría a afectar la propiedad privada de los colindantes, de lo cual se infiere que existía un respeto profundo por el derecho propietario, siendo este fundamental en la *civitas romana*. Mientras que la segunda corriente afirma que la expropiación (Bonfante) se daba por causa de la

⁶⁸ Este hecho se halla consignado en el Libro I de las Crónicas. Cáp. 21 Versículos 22 y 23. Biblia.

utilidad pública, a partir de lo cual se puede entender que esta institución existía en esos tiempos dándose bajo los parámetros de una regulación indemnizatoria siendo competencia de la magistratura. Estos hechos que parecen una contradicción evidente no pueden considerarse en esta dimensión, pues ambas posiciones probablemente sean resultado de periodos históricos diferentes.

La presencia de esta figura jurídica, se puede constatar también en *Las Partidas 2* de la legislación española una vez que en este documento se señala que el Emperador goza del derecho de expropiación a cambio de un trueque monetario previamente convenido entre las partes y cuyo testimonio de la aplicación de esta se halla consignada en la *Novísima Recopilación* de las disposiciones de Carlos I y Fernando V entre otros.

Posteriormente esta institución fue consignada en la Constitución Norteamericana y en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano bajo el principio de que: *“La propiedad privada es inviolable y sagrada”* en virtud del cual el propietario no puede ser despojado de ella mas que por interés público y mediando una previa indemnización, de esta forma la figura de la expropiación fue incluida en la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791, siendo luego incorporada al Código Napoleón. A partir de estas ultimas incorporaciones es que la expropiación fue consignada en el resto de las Constituciones del mundo como un mecanismo de limitación del derecho propietario que va implícitamente vinculado a la función social y por ende al principio del interés público por sobre el interés particular.

Actualmente la expropiación ha adquirido notorio interés para las Empresas Transnacionales que han visto en ella en el contexto del Nuevo Des-Orden Mundial el mecanismo idóneo de garantía y protección de sus intereses particulares en detrimento de los intereses sociales de los Estados, este hecho adquiere ribetes de importancia cuando es incorporado en los instrumentos legales internacionales que sirven de paraguas para la construcción de un vinculo interestatal que afecta los procesos de construcción y viabilización global en este sentido seria importante realizar un análisis sobre la evolución que ha seguido la conceptualización de esta.

B. Definición de Expropiación

Definiciones acerca de expropiación existen varias entre ellas se citaran algunas de las que se consideran importantes como la que plantea Manuel Serra que comprende a esta figura jurídica como el acto de “Privar de lo propio, en especial, privar de la posesión y dominio de bienes inmuebles, como casas y tierras.”⁶⁹ Mientras que el tratadista Guillermo Cabanellas, define la figura como el “apoderamiento de la propiedad ajena que el Estado u otra corporación o entidad pública lleva a cabo por motivos de utilidad general y abonando justa y previa indemnización. Desde el punto de vista del propietario, la pérdida o privación inexcusable de todos o parte de sus bienes, por requerirlo el bien público, y a cambio de una compensación en dinero”.⁷⁰ Y para Máx. Arias la expropiación: “(...) está definida como el acto mediante el cual en aras de un interés superior se impone a los particulares la enajenación forzosa de sus bienes en favor del Estado o de alguna repartición pública, y en casos de excepción en beneficios de empresas privadas o concesionarios públicos, a cambio de una justiciera indemnización equivalente a su valor”⁷¹ Estas definiciones no hacen sino plasmar que la expropiación puede darse no solo desde los parámetros públicos sino también privados, toda vez que el derecho propietario viene amparado en el primer caso a través de la soberanía y en el segundo por el derecho de las personas a poseer un determinado bien.

Por otra parte Ramírez plantea que: “(...) la expropiación puede ser definida como la privación forzosa o imperativa de la propiedad; como contraprestación, el afectado recibe una indemnización. Se trata de una facultad exclusiva del Estado que, haciendo uso del *ius imperii* que lo caracteriza, priva a alguna persona (natural o jurídica; pública o privada) de su dominio, obviamente en forma unilateral”.⁷² de lo cual es posible inferir que esta figura que sin importar el origen que tenga la invocación de esta medida resultara siempre en una limitación del derecho

⁶⁹ Cfr. SERRA Moret Manuel, *Diccionario económico de Nuestro Tiempo*. [Internet] www.google.com.bo 21 de noviembre de 2005. 20:15 p.m.

⁷⁰ Cfr. CABANELLAS Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*. Tomo II (E-M), Madrid, 5ta. Edición Editorial Santillana. 5ta Edición. p.153

⁷¹ Cfr. SCHERIBERT PEZET - Max Arias. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo IV. Lima. Editorial Gaceta Jurídica. 1ª Edición. 1998. p. 230

⁷² Cfr. RAMIREZ C Eugenio, *Tratado de Derechos Reales*. Tomo II. Lima, Editorial San Marcos, 1ª Edición. 1999, p.426

propietario desde una perspectiva que lejos de denotar en el caso de lo público un “interés público” –valga la redundancia–, fundado en el citado *ius imperii* y que está relacionado con el “interés privado” constituyéndose a partir de ello en el cimiento de un conflicto de intereses sociales, al respecto de lo cual Ihereing opina que: “la expropiación es la solución que concilia los intereses de la sociedad con los del propietario; sólo ella hace de la propiedad una institución prácticamente viable que, sin ella, sería para la sociedad un azote”⁷³, es decir que este último autor comprende que la limitación del derecho propietario es esencial para la convivencia social en virtud de lo cual bien puede entenderse que a partir de esta noción que el derecho se constituye en aquello que Habermas calificaba como la “*categoría de mediación social.*”

Asimismo, si se desea aun revisar algunas otras conceptualizaciones seguramente se podrá colegir que las que existen están intrínsecamente vinculadas a la realidad económica y jurídica de cada Estado, y que esta institución jurídica no solo se enmarca en los parámetros del derecho a la propiedad reconocido por instrumentos legales de primera jerarquía normativa, sino que la vulneración de la misma no solo conlleva efectos jurídicos sino también económicos para la sociedad en su conjunto en virtud de que generalmente están íntimamente entrelazadas al concepto de “indemnización” o “precio justo” previa o forzosamente convenido entre las partes, afectando en gran medida de los casos al erario nacional, y con ella consecuentemente a los planes y programas de desarrollo social

En este sentido el contenido de las legislaciones normativas de primer orden jerárquico en América indican que el derecho a la propiedad es fundamental para garantizar una convivencia humana armónica en una sociedad determinada es así que por ejemplo las diferentes Constituciones hacen referencia a éste desde las perspectivas de los derechos fundamentales del individuo, tal es el caso argentino que en su art. 14 señala que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; (...) de usar y disponer de su propiedad (...)”⁷⁴ y en esta lógica declara en su art. 17 que “La

⁷³ V. OMEBA Ob. cit. pag. 642

⁷⁴ V. Art. 14 de la *Constitución de la Nación Argentina*. de 22 de agosto de de 1994. Buenos Aires

propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”⁷⁵. Igualmente Bolivia en la parte dogmática (art.7)⁷⁶ de su Constitución consigna el derecho propietario como un derecho fundamental del cual goza el ciudadano, así como en el caso del Brasil este derecho va establecido en el art. 5 cuando afirma que “Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (...)”⁷⁷ y previendo a continuación dentro el mismo artículo la posibilidad de la expropiación cuando claramente señala en el punto XIV que: “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (...)”⁷⁸.

Al respecto, la concepción chilena acerca de este tema viene vinculada a partir del principio de la libertad individual el mismo que es visible en su art.19 n.23 ya que la adquisición o el dominio que se tenga sobre los bienes esta sin embargo circunscrito a la limitación de aquellos que pudieran ser comunes a todos, lo cual implícitamente establece paralelamente un derecho pleno junto a un dique de contención sobre cualquier posible abuso. Es evidente entonces que siguiendo este planteamiento la Constitución de ese Estado en el numeral 24 parágrafo 2 y 3 del artículo ya referido indica de forma textual que: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. [*En consecuencia*] Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial

⁷⁵ *Ibíd.*, art. 17

⁷⁶ V. Art.7 de la *Constitución Política del Estado de Bolivia*. 2004 La Paz

⁷⁷ V. Art. 5 de la *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Com reformas até 2001. Brasilia.

⁷⁸ *Ibíd.* Art. 5.XXIV

que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador (...).”⁷⁹

Asimismo las Constituciones de Colombia (art. 58), Costa Rica (art.45), Ecuador (art.23 y 30) también incluyen normas referidas al derecho propietario y la expropiación sin embargo cabe aclarar que en el orden jurídico del último Estado mencionado la propiedad se relaciona con el cumplimiento de una función social, noción importantísima a la hora de establecer mecanismos de limitación al ejercicio del derecho propietario. Por otra parte se pueden mencionar de igual forma las disposiciones contenidas en las Constituciones en los art. 2, 11 y 106 de El Salvador, art. 39 y 40 de Guatemala, art. 103 y 106 de Honduras, art. 44 de Nicaragua, art. 44, 45 y 46 de Panamá, art. 109 de Paraguay, art. 2, 16 y 70 del Perú, art. 32 del Uruguay, y art. 115 de Venezuela.

Al igual que en las Constituciones, la figura de la expropiación se halla inserta en normas de segunda jerarquía normativa como son las leyes que regulan esta figura jurídica según sea la tradición de los Estados, de incluir este tipo de normas bajo los parámetros de leyes generales o bien especiales. En este sentido se tiene la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social de Venezuela que en su art. 2 define esta como “una institución de derecho público mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”⁸⁰ a partir de esta concepción que denota el rol protagónico del Estado es evidente que el beneficiario de la aplicación de este instituto jurídico será siempre la sociedad.

C. Naturaleza y Sujetos

La expropiación es una figura jurídica presente como ya se dijo en la mayoría sino en todas las legislaciones del mundo, por la importancia que reviste respecto del vínculo emergente del Estado-Inversor, sobre el que se reconoce una naturaleza

⁷⁹ V. Art. 19 de la *Constitución política de la República de Chile*. Con reforma 2000. Santiago de Chile.

⁸⁰ V. Art.2 de la *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*, Caracas. Gaceta oficial N° 37.475.1° de julio de 2002.

especifica, así como los tipos y los sujetos participantes del acto expropiatorio en sí, en virtud de lo cual en esta parte se abordaran dichos puntos, por la dimensión y efectos que estos admiten al interior de un orden jurídico nacional.

C.1 Naturaleza de la Expropiación

La naturaleza jurídica de la expropiación según varios tratadistas así lo expresan se halla vinculada a la noción de “compra-venta forzosa”, es decir a una transacción unilateral donde el consentimiento no es la base sino de una de las partes, mientras que por la otra la idea es que siempre sale perdiendo ya sea por la tasación o por el sentimiento que le une al bien expropiado, justificando esta posición se encuentra Borda, para quien “(...) el acto administrativo por el cual el Estado se apropia de un bien particular no hay ni la sombra de un contrato. El Estado procede como poder público; no discute con el dueño; no negocia condiciones. Impone una solución y luego, por razones de justicia y de respeto a la propiedad privada, indemniza al dueño; vale decir, no paga un precio sino una reparación”⁸¹.

En esta lógica en la que se advierte una naturaleza forzada en esta figura jurídica Wolf contradiciendo la postura asumida por Borda afirma que no es posible concebir la expropiación como una compra-venta forzada, ya que la misma “(...) no es un negocio jurídico, ni por tanto compraventa forzosa -si fuera compraventa, existiría una obligación de concluir un contrato de esta índole- ni tampoco es una transmisión forzosa sino más bien un acto de derecho público que tiene como consecuencia de derecho privado, el traspaso de la propiedad”,⁸² infiriéndose a partir de ello que es un acto fundado en un principio básico de Autoridad que emana de la representación legítima del *ius imperii*. Sin embargo se debe dejar bien en claro que no es que Borda por la posición asumida resuelva dejar de reconocer que la expropiación es parte del ejercicio del derecho público, mucho más aun desde una visión que viene dada por la función principal del Estado, cual es la de conseguir el bien común.

⁸¹ Cfr. BORDA Guillermo *Manual de Derecho Reales* ob. cit. P.222

⁸² *Ibíd.*, ob. cit., p. 223

C.2 De los Sujetos

En cuanto a los sujetos que intervienen en el proceso del acto expropiatorio son fundamentalmente tres: a) al expropiante, b) el expropiado y c) el beneficiario, aunque algunas teorías prácticamente desmerecen o simplemente no consideran la existencia de este último.

C.2.1 Sujeto Expropiante

Al respecto cabe mencionar que el **sujeto expropiante** es aquel que ejerce el Derecho público a objeto de transferir el derecho propietario de un bien o derecho correspondiente a una persona natural o jurídica en beneficio del Estado previa indemnización bajo el argumento de utilidad pública o interés social, dejando claro que el sujeto en este caso es el Estado que a través de sus distintas esferas regula esta medida.

Al respecto es preciso indicar de igual forma que la creación normativa y la aplicación de esta figura según sean los casos que se den en los distintos ordenes jurídicos nacionales ha producido un conflicto de interpretación constante, toda vez que por una parte hay posiciones que afirman que la expropiación debe ser regulada por el legislativo como parte de su competencia creadora de derecho, en tanto la aplicación recae sobre los bienes del Estado (sistema legislativo), mientras que para que otras tendencias señalan que la potestad de expropiar forma parte de las competencias del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública (sistema administrativo) bajo el argumento de que al constituirse ambos el brazo operativo de las disposiciones correspondería a ellos la aplicación reguladora, toda vez que están más cerca de las necesidades sociales. Pero lo que sí queda claro es que este conflicto se extiende al Poder Judicial (sistema judicial) ya que se infiere que son facultades de este el establecer la expropiación como al órgano encargado de aplicar las normas generales a casos específicos.

A estas alturas queda en evidencia que la definición del sujeto expropiante estaría en un conflicto de intereses, pero lo que debe quedar claro es que este hecho incluso muy a pesar de la del sistema dualista que reconoce que es atribución tanto del Poder Ejecutivo y Legislativo y con ello pareciera haber conciliado el tema, lo cierto es que deja fuera varias otras consideraciones importantes como aquellas que comprenden que: a) De acuerdo con la división de poderes *el legislativo*, ejecutivo y judicial tienen delimitadas las funciones respecto del derecho, fundamentalmente, el primero de ellos tiene especial relación con la creación del derecho y en virtud de ello le corresponde legislar en materia de expropiación, y/o ratificar en el caso de tratados, acuerdos, convenios y contratos internacionales, pero no así aplicar la figura de la expropiación per se. Ya que en el caso de la creación del derecho la legitimidad es un elemento fundamental sobre todo cuando se trata de considerar la validez de una norma, razón por la cual es importante analizar esta desde dos aspectos nodales como son el origen y el contenido, es decir a partir de la noción de representación que no solo involucra una parte física, sino también la interacción y el discurso en cuanto a la elaboración del contenido de una regulación que son frecuentemente el resultado de los cambios sociales que han puesto de manifiesto aquello que Habermas define como los “cambios paradigmáticos” que a su vez han conducido a la interpretación no solo social, sino también económica desde parámetros muy pragmáticos donde es posible advertir la creación evidente de nuevos tipos de derecho. Este fenómeno se ha producido probablemente debido a aquello que el autor denomina como la “materialización del derecho” que se ha traducido en las mutaciones que han sufrido el derecho en sus diferentes vertientes lo cual ha planteado la necesidad de crear regulaciones que no siempre tiendan a favorecer los esquemas nacionales, lo cual si bien no discute la validez si la cuestiona. b) Asimismo el *Poder Ejecutivo* en razón de su función operativa es el encargado de ejecutar las disposiciones creadoras del derecho originadas en el legislativo y de las normas interpretadas y aplicadas por el Poder Judicial en uso de sus atribuciones a través de su esquema administrativo. Sin embargo cabe indicar que establecer bajo un paraguas de sistema dualista una postura ecléctica es erróneo en tanto no es una solución ya que se estarían yuxtaponiendo ambas funciones esencialmente distintas y especiales en cada caso. c) Por otra parte el *Poder Judicial* esta destinado a interpretar y aplicar la norma creada en el seno del Poder Legislativo a objeto de llegar a una conclusión que se

plasme a través de las Resoluciones Judiciales que son las que otorgan la legalidad al acto expropiatorio.

Se debe indicar en razón de lo argumentado que los procedimientos de aplicación del derecho no garantizan en ningún momento una predictibilidad de las decisiones jurídicas que serán asumidas por los tribunales, es por eso que la noción que se tiene de seguridad jurídica requiere básicamente de una estructura de reglas, principios y objetivos, sin embargo estos no garantizan –valga la redundancia - el resultado, toda vez que no se puede conocer de antemano cuales serán las circunstancias que el juez considerara como relevantes.

Probablemente, son estos elementos los que aportan a la noción habermasiana de seguridad jurídica que establece el mismo en el reconocimiento de expectativas de comportamiento condicionadas, razón por la cual es posible contrastarse con otros principios y a partir de ello se infiere que la emergencia de una decisión correcta en cada caso es factible. Lo que si parece tener relevancia en este punto es que cuanto mas compleja es la sociedad existe una mayor presión que se ejerce sobre el sistema jurídico y es desde esta perspectiva que es posible advertir una relación de complementariedad en los últimos años entre el derecho positivo y una noción de justicia procedimental, lo cual ciertamente conduce a pensar si el derecho debe ser ante todo ¿justo o funcional? Que a su vez plantea ineludiblemente ¿seguridad antes que justicia?, estas preguntas que parecen no obtener solvencia sino a la hora de la aplicación del derecho, pues en este momento en el que es posible hablar de una domesticación de la disponibilidad al conflicto a través de los procedimientos a fin de actuar en condiciones donde los parámetros se dan por los niveles de desengaño en las relaciones comerciales.

A partir de esta fundamentacion queda en evidencia que en la sino en la mayoría de los casos en todos el sujeto expropiante viene siendo el Estado a través de todo su esquema representativo-operativo como son los Ministerios, Municipios entre otros.

C.2.2 Sujeto Expropiado

Se considera **sujeto expropiado** a aquella persona que ha sufrido la limitación de su derecho propietario sobre una cosa o un derecho una vez que este haya sido transferido a otro dueño sea público o privado, previo pago de una indemnización basada en el “justiprecio” preestablecido por entidades públicas o peritos sin que necesariamente medie consentimiento de su parte, pudiéndose considerarlo en este sentido como la parte pasiva de este vínculo “seudo-comercial”.

El sujeto expropiado puede ser entonces una persona natural o jurídica, involucrándose en este último punto a las empresas transnacionales (ET) afincadas en el país.

C.2.3 El Beneficiario

El **beneficiario** emergente del acto de expropiación puede ser una persona natural o jurídica, en este último una empresa transnacional o en su defecto el mismo Estado.

En este sentido para Ramírez el segundo sujeto en este proceso es “El beneficiario. Que vendría a ser el que adquiere o recibe en forma inmediata el objeto de la medida expropiatoria. Puede ser una persona natural o jurídica, pública o privada”⁸³ en virtud de lo cual puede comprenderse que este sujeto prácticamente ha resultado ganador en el negocio jurídico establecido entre el expropiante y el expropiado bajo el argumento de “interés social”, es así que se considera como beneficiario generalmente al pueblo, es decir a una colectividad, pero sin que ello como afirmara el autor pueda dejar de ser también individual.

D. Teorías sobre Expropiación

Las teorías que fundamentan la institución de la expropiación se vinculan a las a) del dominio eminente, b) la extensión del dominio público, c) la colisión entre el

⁸³ Cfr. RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María: “*Tratado de Derechos Reales*”. Ob. Cit. Pgs. 428-429.

interés particular y el público, además de aquel que habla sobre los d) fines del Estado.

D.1 Teoría del Dominio Eminente

La teoría del dominio eminente es probablemente la que ofrece los argumentos mas sólidos al acto expropiatorio por parte del Estado según algunos tratadistas, toda vez que entiende que esta se halla vinculado necesariamente a la noción de soberanía⁸⁴ comprendida desde los parámetros de la “autodeterminación” y que en virtud de ella se entiende que es el Estado el que determina los bienes y derechos sujetos de expropiación en calidad de detentador originario de los mismos.

Es preciso señalar en este sentido que el ejercicio de esa autodeterminación a la que se hace referencia a un derecho superior, primigeniamente conferido mediante el pacto social consignado en las normas de primera jerarquía, razón por la cual el derecho propietario del Estado es ante todo un *dominus eminens* y cuyo ejemplo mas claro vienen siendo las disposiciones contenidas al respecto de este punto en la Constitución de Honduras que en su art. 104 afirma que “El derecho de la propiedad no perjudica el dominio eminente del Estado”⁸⁵ Sin embargo, uno de los tratadistas mas importantes como Bielsa afirma en este sentido que “(...) conciliar el carácter jurídico de la expropiación –y como ella está organizada en el derecho positivo- con el concepto del dominio eminente. Y nos parece también inconveniente, hacer derivar el derecho de expropiar, del poder o facultad del *dominium eminens*, porque implicaría restringir o limitar la amplitud o esfera de aplicación de la expropiación por causa de utilidad pública, y aún más frente al mismo régimen vigente, que no concibe tal limitación”⁸⁶ de lo que es posible inferir que esta posición critica a aquella que se sostiene en el argumento de la soberanía y

⁸⁴ La noción de soberanía se ha utilizado a lo largo de su fundamentacion en relación a cuatro aspectos centrales que tienen que ver en un primer momento con la perspectiva interna a partir de la comprensión que la vincula con la organización del poder público. En un segundo acepción se entiende la misma desde la postura interdependiente sobre todo cuando se refiere al control de los movimientos transfronterizos. Por otra parte también se entiende desde una lógica legal internacional relacionada con el reconocimiento mutuo entre los Estados. Y finalmente la Westfaliana que tiene que ver con la exclusión de los actores externos de las formas de autoridad internas. Vid. KRASNER, S.: *Soberanía, Hipocresía Organizada*. Buenos Aires. Editorial Paidós, 1ª Edición, 2001, p.22

⁸⁵ V. Art. 104 de la *Constitución Política de Honduras*.

⁸⁶ V. BIELSA, citado por OMEBA. Ob. cit. P.643

que no deja de tener su sesgo de razón en virtud de que la propiedad privada y la pública admiten nociones espaciales y de derecho diferentes, sin embargo se debe tomar en cuenta que ambas posiciones.

En esta lógica crítica que pretende deconstruir esta teoría podemos encontrar fácilmente posiciones como la de Donoso que plantea que: “esta teoría se derrumba desde su base, pues al confundir una institución política, la soberanía, con otra de índole netamente privada, como es la propiedad, se atenta contra los más elementales principios jurídicos”⁸⁷ toda vez que los principios sociales que garantizan la real convivencia humana son el respeto a la dignidad de la persona humana, la libertad y la propiedad y entonces no es posible involucrar de acuerdo con este autor una comprensión desde un dominio absoluto por parte del Estado mucho más en contextos del modelo económico capitalista.

Según estos dos últimos autores así como otros esta teoría no tendría sentido ya que estaría limitando jurídicamente el derecho propietario y consolidando con ello antes que una verdadera explicación del acto expropiatorio una consecuencia del ejercicio arbitrario del dominio originario que detenta el Estado de conformidad con las normas vigentes en su ordenamiento jurídico nacional.

Sin embargo no se puede dejar de lado es que el ejercicio del dominio eminente es el que se reserva el Estado sobre todos los bienes que integran la riqueza nacional y en particular sobre el suelo y el subsuelo del país, la riqueza potencial no aflorada, como fuerza hidráulica, yacimientos minerales, aprovechamientos forestales, entre otros y es sobre estos que -El Estado- se reserva el derecho de expropiación forzosa así como de aquellos bienes que siendo de utilidad particular puedan ser declarados de utilidad pública o social, como prueba de que en último término es el dueño y árbitro de todos los bienes y derechos.

D.2 Teoría de la “Extensión” del Dominio Público

Esta teoría a diferencia de la anterior parte básicamente del principio de la primitiva propiedad colectiva que se daba en el seno de la tribu, y que comprende que el ejercicio del dominio eminens en su lógica no corresponde sino a la figura de

⁸⁷ V. SCHREIBER PEZET, Max Arias. Ob. Cit. P. 231

un Estado-Nación, pero también es preciso entonces reconocer que esta teoría en tanto fundamento del acto expropiatorio a partir de una perspectiva que admite un nivel de “extensión” respecto de esa primitiva noción de propiedad.

A partir de estos primeros elementos es indudable que al hablar acerca de este argumento, sobre todo en cuanto se refiere al aspecto de la “extensión” se estaría vinculando dentro los actuales parámetros normativos a la comprensión de que el derecho propietario que tiene el Estado no solo se relaciona con las tierras, lagos o espacio aéreo, sino también con aquello que se denomina “reservas” que involucran a los recursos estratégicos y otros.

Esta teoría abarca entonces no solo todo lo que se ve sino que cuando se afirma su extensión del dominio publico siéndole referencia a las reservas naturales, involucra un sistema de protección del entorno basado en el principio de la sustentabilidad.

D.3 Teoría de la colisión entre el interés “particular” y el “publico”

Esta teoría refleja el argumento de conflicto que se da en el contexto de un acto expropiatorio, toda vez que hay una confrontación de “intereses” particulares y públicos, y cuya prevalecía de estos últimos se da en virtud de la mentada “utilidad publica” o “interés social”.

Al respecto Morales Godo, opina que: “La colisión de derechos, se presenta cuando concurren varios derechos de tal manera que el ejercicio de uno de ellos pretende excluir al otro o lo perjudica. En estos casos, no existe una jerarquía entre los derechos, son derechos equivalentes y no existe forma de determinar una preferencia por alguno de ellos. [*mucho más aun*] Cuando se presenta la colisión, los sistemas jurídicos establecen reglas generales para la solución correspondiente. En algunos casos, sin embargo, no es necesario la determinación de reglas específicas, por estar los derechos en subordinación uno frente al otro, por la naturaleza de los mismos o por cuestiones de prioridad en el tiempo”.⁸⁸

⁸⁸ Cfr. MORALES GODO, Juan: “*El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*”. Lima. Editorial Grijley. Primera Edición, 1995. p. 150.

Entonces esta colisión que plantea esta teoría entre los intereses particulares y los generales se relaciona fundamentalmente con la noción de “función Social” que debe cumplir todo predio a objeto de ser protegido por las disposiciones constitucionales, ya que de lo contrario estaría afectado el bienestar común. Es así que la mayoría de las Constituciones del Continente vinculan la expropiación como mecanismo de limitación del derecho propietario a este elemento, solo por mencionar algunos se pueden citar en este sentido se encuentra el art. 30 del Ecuador que señala que: “La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.”⁸⁹,

Es evidente entonces que la utilidad pública, eje central de esta teoría, deviene de la función Social de la propiedad y en este sentido esta considerada en las disposiciones constitucionales de América, como la Brasileña (art. 5º num.24) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (...)”⁹⁰, mientras que la legislación chilena establece que: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional (...)”⁹¹ y también se encuentra presente en los art. 58 de Colombia⁹², art. 45 de Costa Rica⁹³ o el art.

⁸⁹ V. Art.30 de la *Constitución política del Ecuador*. Río Bamba, 5 de junio de 1998.

⁹⁰ V. BRASIL, (CPE) Ob. cit. Art. 5º num.24

⁹¹ V. CHILE, (CPE) ob cit. Art. 19

⁹² La Constitución Colombiana en su art. 58 dispone entre otras cosas que Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ellos reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social./ La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, les es inherente una función ecológica./ El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad./Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultado los intereses de la comunidad y del afectado. Vid. Art. 58 de la *Constitución Política de Colombia*. 1991. con Reformas Actualizadas hasta el 2001. Bogotá.

⁹³ En el caso de la Constitución Costarricense, el artículo mencionado en su parte segunda dispone entre otras cosas acerca del acto expropiatorio que esta se dará: Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social. Datos obtenidos de la BASE DE DATOS

106 de El Salvador que indica que: “La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización”⁹⁴ Siempre en esta línea se pueden citar las normas contenidas en el art. 27 de la Constitución Mexicana o bien del art. 44 de la de Nicaragua, así como el art. 45 de la de Panamá, el art.32 de Uruguay o el art. 109 del Paraguay entre otros, todas ellas son el resultado de las reformas consignadas hasta 1998.

Por otra parte se puede advertir sin embargo que si bien la figura aparece en las normas de primera jerarquía dentro de un orden jurídico específico, como principio garantista de la propiedad, y cuya limitación es entendida en la dimensión de protección del cumplimiento de una función social y cuya afectación redundante en la conversión de esta en una garantía de valor, en virtud de la mentada “utilidad pública” que se encuentra muy bien definida en el art. 3 de la Ley de Expropiación Venezolana que indica que “ Se considerarán como obras de utilidad pública, las que tengan por objeto directo proporcionar a la República en general, a uno o más estados o territorios, a uno o más municipios cualesquiera usos o mejoras que procuren el beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta de la República, de los estados, del Distrito Capital, de los municipios, institutos autónomos, particulares o empresas debidamente autorizadas”⁹⁵ a partir de lo cual se infiere que la expropiación se da en virtud de promover la generación y en su caso de otorgación de una vocación colectiva del bien expropiado.

Asimismo es importante entender que la utilidad pública no emerge de la nada sino que deviene de determinadas circunstancias a las cuales se las ha denominado como causas, siendo posible al respecto citar por ejemplo las consignadas en la Ley de Expropiación de México que en su art. 1º establece las mismas en los siguientes términos: “Se consideran causas de utilidad pública: I.- El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; II.- La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para

POLITICOS DE LAS AMERICAS Derecho a la Propiedad Privada, expropiación y prohibición de las confiscaciones. En análisis comparativo de constituciones de los regimenes presidenciales. Georgetown University y OEA, 1998 [Internet] <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/propiedad.html> 21 de noviembre de 2005 14:30 p.m.

⁹⁴ V. Art. 106 de *la Constitución Política de la Republica de El Salvador*. Actualizada hasta la reforma introducida por el D.L. N° 56 del 6 de julio de 2000. Decreto N° 38. San Salvador.

⁹⁵ V. VENEZUELA, Art. 3 de la Ley de Expropiación, Ob.cit. art.3

facilitar el tránsito urbano y suburbano; III.- El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo. IV.- La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional; V.- La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas; VI.- Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública; VII.-La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; VIII.- La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular; IX.- La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad; X.- Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; XI.-La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida; XII.- Los demás casos previstos por leyes especiales.”⁹⁶

Tampoco se debe olvidar en este sentido que uno de los elementos mas importantes en el que se sustenta esta teoría -aunque algunos autores separen y entiendan estas bajo dos prismas teóricos diferentes- es la ineludible consideración del “*consentimiento presunto*” que ya en su momento fue argumentada por Santamaría de Paredes, desde la perspectiva que el Estado cuenta en su orden jurídico con normas que hacen referencia a la expropiación como resultado de la división de poderes emergente del pacto social establecido. Es pues en este sentido que los individuos de una sociedad determinada están sujetos a ella en cuanto se refiere al rol que desempeñan –expropiado, expropiante o beneficiado- en el contexto del acto

⁹⁶ V. MEXICO, Art. 1º de la Ley de Expropiación de 25 de noviembre de 1936 con reformas de 4 de diciembre de 1997. México D.F. 1997.

expropiatorio, lo cual ya de por sí implica que al estar consignadas en los cuerpos legales fundamentales la limitación del derecho propietario admitiría un consentimiento implícito, deviniendo entonces por consecuencia la imposible consideración de unilateralidad como de una de las tendencias más comunes respecto de la figura jurídica de la expropiación.

D.4 Teoría de los Fines del Estado

En cuanto a los fines del Estado se puede afirmar que esta constituye por sus diversas acepciones y aplicaciones en una teoría que en este caso sirve de argumento al acto expropiatorio toda vez que al contrario de lo que se piensa no parte de una interpretación apegada a aspectos ius-filosóficos sino más bien de aquello que puede considerarse como una justificación del “beneficio social” o lo que muchos otros tratadistas denominan como el “interés social”.

El concepto de interés social forma parte indudable de la base argumentativa de la institución expropiatoria ya que en algunos casos va unida a la noción de utilidad pública, que esta relacionada con el contenido inserto en las disposiciones normativas de las Constituciones del Perú (art. 70) y de República Dominicana (art. 8), ya que en el primer caso se entiende que el derecho propietario es inviolable y que el ejercicio del mismo va relacionada con la “armonía del bien común”, entonces “interés colectivo”, mientras que en el segundo se reconoce como “(...) finalidad del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana (...).[Y] Para garantizar la realización de los estos fines se fijan las siguientes normas: 13. el derecho a la propiedad. En consecuencia, nadie puede ser privado de ella sino por causa justificada (...)”⁹⁷, a partir de lo cual es posible entender que los fines del Estado van de alguna forma ligados a condiciones previas.

En este sentido no se puede dejar de lado la postura Krausista, que aunque por muchos es tipificada como otra teoría, lo cierto es que guarda una complementariedad indispensable con los fines del Estado, ya que para cumplir

⁹⁷ BASE DE DATOS POLITICOS DE LAS AMERICAS Derecho a la Propiedad Privada, expropiación y prohibición de las confiscaciones. En análisis comparativo de constituciones de los regimenes presidenciales. Georgetown University y OEA, 1998 [Internet] <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/propiedad.html> 21 de noviembre 2005.

estos es necesaria la “*condicionalidad*”, es decir de la implantación de requisitos bajo los cuales se ordenara o solicitara la ejecución del acto expropiatorio. Esta característica se encuentra presente en el orden normativo sobre todo cuando se entiende que la limitación del derecho propietario responde entre otras causas a las de seguridad nacional y necesidad pública. Y esto más evidente en normas como las contenidas en el art. 115 de la constitución Venezolana que referirse al derecho propietario afirma que esta se encuentra “sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”.⁹⁸ Perspectiva desde la cual es inequívoca la existencia de un condicionamiento del derecho protegido a circunstancias prefijadas de forma indeterminada, y entonces surge la interrogante si ¿es posible aun seguir considerando como derecho algo que ha sido evidentemente condicionado?

Sin embargo debe quedar claro también que las disposiciones condicionantes en muchos casos se relacionan igualmente con medidas económicas que emergen de políticas internacionales ya que es importante consignar medidas jurídicas respecto de los bienes de personas naturales y jurídicas así como regular de igual forma su procedimiento.

E. De los Bienes y el Procedimiento Expropiatorio

En este punto se abordara la temática de los bienes y el procedimiento que comprende esta figura en las diferentes legislaciones del Continente.

E.1 De los Bienes Expropiables

Al respecto se debe indicar sobre en todo en lo que se refiere a los bienes sujetos de expropiación la existencia de dos corrientes, la primera de ellas denominada como restrictiva, mientras que la segunda se conoce como expansiva. Pero antes quizá sea importante distinguir la noción de cosa de la de bien a fin de poder precisar objetivamente los elementos que si tienen relación con el acto expropiatorio. En este sentido cabe indicar que la acepción de cosa entiende a esta como a una entidad

⁹⁸ V. VENEZUELA, art. 115 de la Constitución, ob. cit.

material o inmaterial que tenga una existencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacer una utilidad generalmente económica. Sin embargo es importante reconocer también que una de las características principales de la cosa es la noción de “utilidad”, es decir que su existencia esta intrínsecamente vinculada a los aspectos de funcionalidad individual así se tiene por ejemplo piedras preciosas, partituras musicales, que por su naturaleza no pueden ser sujetos de expropiación, ya que el derecho de transferir corresponde a un esfera estrictamente subjetiva. también es importante mencionar también que la apropiabilidad de las cosas se da en virtud de una sumisión jurídica respecto al titular.

Ahora bien según la **teoría restrictiva** el acto expropiatorio solo es posible vincularlo en su ejercicio a los derecho propietario que se tiene sobre los bienes inmuebles fueran estos corporales o incorporeales, exceptuando en este sentido la propiedad mueble, ya que se entiende que esta ultima esta sujeta a transferencia voluntaria mediante la compra-venta no forzosa. Mientras que la **teoría expansiva** a diferencia de la anterior comprende el acto expropiatorio no solo en cuanto se refiere a los bienes inmuebles, sino también que en este caso aplica a los bienes muebles ya sea de naturaleza corporal o incorporeal, siempre y cuando este se encuentre en función de un interés superior al individual siendo susceptibles de expropiación entonces todos los derechos, los bienes y los “intereses” patrimoniales, exceptuando claro esta de ellos los derechos relacionados con la familia.

La doctrina jurídica actual ha tomado muy en cuenta esta teoría de los bienes expropiables no solo a nivel de las legislaciones nacionales vinculadas a los derechos de protección de la propiedad intelectual, o de los bienes inmuebles o muebles, sino también a partir de la protección de estos en los parámetros de un “interés” nacional, que en varios casos sobre todo en lo que respecta a las reservas naturales de los Estados han sido incluidos como parte fundamental en instrumentos legales internacionales como son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), Acuerdos de Promoción y protección Recíproca de la Inversión (APPRI), Tratados de Libre Comercio (TLC).

En la línea jurídica que esta teoría plantea se encuentra por ejemplo la ley 13264 (Argentina) que en su art. 4º afirma que: “Si bien el ejemplo típico y más frecuente de expropiación es el de los inmuebles, la facultad expropiadora del Estado se extiende a todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, estén o no en el comercio, sean cosas o derechos. La única limitación puesta por la ley es que estos bienes deben ser convenientes o necesarios para la satisfacción de una utilidad pública. En consecuencia, pueden expropiarse todas las cosas, sean muebles o inmuebles, y todos los derechos, sean reales, personales o intelectuales”⁹⁹ a partir de esta concepción se infiere que los bienes expropiables de acuerdo con esta normativa involucra TODO. Y entonces lo que si queda claro es que esta teoría es una apertura a las restricciones que plantea la anterior teoría y que en los parámetros eco-sociales y jurídicos que plantea un mundo globalizado ya no son posibles, pues inviabilizan la posibilidad de protección jurídica que se pueda brindar.

E.2 Del Procedimiento

En cuanto al procedimiento de expropiación, es posible advertir que cada uno de los Estados consigna este tramite en la estructura de su orden jurídico interno vinculado al poder judicial sin que par ello medie ningún otro tipo de acción es el caso venezolano que en su Ley expropiatoria indica que: “El ente expropiante, una vez publicado el decreto de expropiación, procederá a iniciar el trámite de adquisición del bien afectado por vía del arreglo amigable y, a tales efectos, (...) (art.22)”¹⁰⁰ o bien en el mexicano cuya ley de 1936 señala en sus art. 2 y 3 que este acto expropiatorio se dará “(...) previa declaración del Ejecutivo Federal (...) [y será] la Secretaria de Estado, departamento administrativo o Gobierno del Distrito Federal según corresponda tramitara el expediente de expropiación(…)”¹⁰¹.

Asimismo se encuentra la legislación argentina que en el art. 19 y 20 de la Ley 21499 establece claramente el procedimiento de este acto , así como de sus efectos cuando señala que “se tramitara por juicio ordinario (...)”¹⁰² (art.19) y será “(...) en

⁹⁹ V. ARGENTINA, art. 4 de la Ley 13264 de expropiación

¹⁰⁰ V. VENZUELA, art. 22 de la Ley de Expropiación. Por Causa de Utilidad Pública. Gaceta Oficial 37.475 de 1º de julio de 2002. Caracas.

¹⁰¹ V. MEXICO Ley de Expropiación de 25 de noviembre de 1936. Ciudad de México.

¹⁰² V. ARGENTINA, Art. 19 de la Ley de Expropiación 21499. Buenos Aires.

sentencia que se fijara la indemnización teniendo en cuenta el valor del bien al tiempo de la desposesión”¹⁰³ siendo evidente que después de tres ejemplos que si bien el acto en si obedece a un procedimiento que tiene sus orígenes en lo administrativo, no puede desvincularse el mismo de la decisión judicial en tanto implica fundamentalmente un hecho de transferencia y limitación del derecho propietario.

SEGUNDA PARTE

DE LA EXPROPIACION NACIONAL A LA EXPROPIACION INDIRECTA INTERNACIONAL

Siguiendo la lógica de reflexión sobre la Expropiación en este acápite se procurara establecer los referentes más importantes en el contexto de la transición que implica dicha figura jurídica desde los parámetros en primera instancia nacional, traduciéndose y transformándose en su concepción internacional.

I. LA TRANSICION: DE LA EXPROPIACION NACIONAL A LA EXPROPIACION INDIRECTA INTERNACIONAL

La expropiación por si misma entendida desde los parámetros de limitación legal al ejercicio del derecho propietario como se ha visto en la parte de antecedentes ha estado presente en las diferentes legislaciones de los pueblos latinoamericanos desde muy temprano, desde una noción de tendencia eminentemente nacionalista, siendo así que se ha vinculado esta figura con conquistas sociales importantes como las Reformas Agrarias, la Nacionalización de los Hidrocarburos entre otras cosas, fuera claro esta del esquema urbanístico que es el que ha detentado siempre la aplicación constante de esta institución.

Pero la lógica de la evolución que ha seguido esta figura jurídica para resultar en la mutación de la “expropiación indirecta” tiene especial relación con que las conquistas sociales ya referidas que han transformado los derechos de propiedad, que a su vez han ido configurándose y reconfigurándose en virtud de los modelos

¹⁰³ Ibid. art. 20

económicos nacionales e internacionales. En este sentido es evidente que la economía ha jugado un rol protagónico a la hora de implementar mecanismos de protección y garantía del derecho propietario tanto en el ámbito interno como externo de los Estados, sobre todo en este último caso -adquiriendo una predominancia indiscutible- a partir de lo que se ha venido a denominar como la “inversión extranjera directa”, entonces queda claro que para entender esta transición es imprescindible abordar estos dos ejes primero desde una visión histórica nacional (A) para luego desde una postura principalmente económica internacional (B).

A. ¿La “Nacionalización” una “Expropiación”?

La nacionalización y la expropiación son medidas jurídicas contenidas en disposiciones nacionales y extranjeras que han reconfigurado no solo la estructura social de los Estados sino también han condicionado el desarrollo de los mismos y en este sentido es importante reconocer como parte del argumento que justifica la mutación de la expropiación hacia la expropiación indirecta internacional con contenido y personalidad propia a las Reformas Agrarias y las Nacionalizaciones de Minas e Hidrocarburos.

A.1 Acerca de la expropiación y la tenencia de la Tierra

En este sentido se pueden mencionar que la expropiación desde su concepción originaria fue estrictamente administrativa en tanto estaba relacionada con el tema de las obras públicas que el Estado realizaba en beneficio de sus habitantes, pero los antecedentes históricos que no solo refieren su origen al siglo XIX, sino que además la entienden como consecuencia del derecho de “reversión”, plantean su evolución hacia el siglo XX dentro los parámetros normativos que fueron contenidos en las distintas Leyes de Reforma Agraria del Continente Americano, desde 1915 considerándose a partir de entonces como producto de una conquista social emergente del reflejo de una sociedad altamente explotadora y discriminante donde los derechos fundamentales de la persona estaban vinculados a la distinción que consolida la esclavitud bajo figuras más civilizadas y en términos menos dolorosos y

atentatorios socialmente como son “colonos”, “pongos”, entre otras denominaciones que no hacen sino demostrar una estructura de propiedad de la tierra de medioevo en la etapa republicana de los Estados latinoamericanos y donde era visible la desarmonía entre el capital, la tecnología, la tierra y la mano de obra.

Es así que por ejemplo la Ley Agraria Mexicana de 6 de enero de 1915, la Ley 3464 de Reforma Agraria de 2 de agosto de 1953 en Bolivia, la Ley 135 de Reforma Social Agraria de 1961 en Colombia, así como la Ley 15020 de 1962 de Chile¹⁰⁴ consideran la “afectación” como sinónimo de expropiación y subdivisión de las grandes propiedades inexploradas o deficientemente explotadas, y otorgando en este caso en especial una importancia inusual a esta figura jurídica se creó más adelante en algunos casos el Tribunal Especial de Expropiaciones Agrícolas.

Asimismo la Ley 16640 de Reforma Agraria en Costa Rica de 1967, la Ley de Reforma Agraria 17716 de 24 de junio 1969 del Perú indica entre otras cosas que la afectación de tierras: “se declara a los fines de Reforma Agraria [comprenden] : (...) c) las expropiadas conforme a esta ley (...)”¹⁰⁵ disposiciones respaldadas mediante el contenido de la Ley 25697 de 10 de abril de 1996 que indica en su art. 1º que: “(...) los procesos de expropiación para fines de reforma agraria que se encuentren en trámite, se sustanciarán de conformidad con las disposiciones de la Ley 26207.”¹⁰⁶ o bien la Ley de Reforma Agraria y Colonización modificada en 1973 de Ecuador incorporan la figura jurídica de la expropiación de las tierras como parte de una plataforma que pretende solucionar los conflictos de productividad y propiedad originadas en la forma de tenencia de la tierra.

Este hecho sin duda se debe a que se comprende que la reforma agraria no es más que un conjunto importante de medidas que admite matices económicos, políticos, sociales y porque no decirlo también de orden legislativo en tanto se infiere que a partir de ello se procederá a una serie de cambios profundos en la normativa

¹⁰⁴ Asimismo la Ley 15020 fue ampliada en el contexto normativo referente a la expropiación por la nueva ley de Reforma Agraria N° 16640310 bajo los parámetros que introducen la causal de “exceso de superficie”. Vid. CHILE, *Ley 16640310* de 1967. Santiago de Chile.

¹⁰⁵ V. PERU Art. 7 de la, *Ley 17716 de Reforma Agraria* de 24 de junio de 1969. Lima.

¹⁰⁶ V. PERU, *Ley 25697 de Expropiaciones con Fines de Reforma Agraria* de 10 de abril de 1996. Lima

vigente hasta ese momento en un determinado Estado, y que emergen a fin de plantear alternativas viables socialmente al conflicto de la concentración del derecho propietario de tierras en manos de unos pocos (latifundio) frente entonces a la supuesta baja productividad deviniente de este hecho, lo cual se halla contenido por ejemplo en los art. 29 , 30 y 31 del Decreto Ley de Reforma Agraria Boliviana.¹⁰⁷

A partir de estos elementos es importante considerar que una las formas de transformación de la tenencia de la tierra en las circunstancias supra señaladas es la expropiación, lo cual conducirá de forma ineludible a la emergencia de nuevas clases sociales y al desplazamiento por ende de un sistema hegemónico encabezado por los terratenientes, ya que el mismo implica una dualidad de Reforma-Desarrollo, siendo un requisito indispensable de la otra ya que según algunas posiciones la Reforma Agraria y el Desarrollo Agropecuario “no serán hechos aislados sino que integrados en el plan global de transformación de la economía al servicio del pueblo. Esto significa que la Reforma Agraria no solo implicara la expropiación de todos los latifundios (...)”¹⁰⁸ y “Tendrán derecho a no ser expropiados solo los pequeños y medianos agricultores (...)”¹⁰⁹

La importancia que admite este tipo de Reformas estatales y la expropiación del derecho propietario sobre el predio latifundista se hace sin que medie la “indemnización” que es característica esencial de este tipo de figura, entonces se observa una primera mutación que guarda relación con la existencia de un “interés social” preconfigurado y resguardado mediante disposiciones de protección y reivindicación internacional de los derechos humanos. Aunque existen de igual forma excepciones a esta norma como son el caso Nicaragüense que a través de su

¹⁰⁷ **Artículo 29.**- Este Decreto-Ley sienta las bases para la realización de la democracia económica y política en el área rural, mediante la afectación y dotación de tierras que se establece en sus disposiciones. / **Artículo 30.**- Queda extinguido el latifundio. No se permitirá la existencia de la gran propiedad agraria corporativa ni de otras formas de gran concentración de la tierra, en manos de personas particulares y de entidades que, por su estructura jurídica, impidan su distribución equitativa entre la población rural. / Vid. BOLIVIA, art. 29 y 30 Capítulo I De la Concentración de Tierras, Título II Afectación de la Propiedad. Del *Decreto Ley 3464* de 2 de agosto de 1953. La Paz.

¹⁰⁸ V. PENSAMIENTO CRÍTICO, Primero. En: Los 20 Puntos Básicos de la Reforma Agraria. Revista electrónica.[Internet] www.pensamiento.critico.cl 11:20 a.m. 24 de noviembre de 2005

¹⁰⁹ *Ibíd.*. Séptimo Punto. ob. cit.

Ley de Reforma Agraria establece que: “ Las tierras y demás bienes afectos a la Reforma Agraria, se pagarán con Bonos de la Reforma Agraria, cuyo monto forma, intereses y condiciones se fijarán en el reglamento de la presente Ley. Se exceptúan los casos de tierras y demás bienes afectados por abandono, los cuales pasarán al Estado sin indemnización (art.17).”¹¹⁰ Mientras que el art. 18¹¹¹ incide en el tema de la expropiación como consecuencia de las disposiciones contenidas no solo en el artículo que antecede, sino también como de las que se asumen en el contexto del compromiso normativo y que se han ido generando en contextos históricos económico - políticos distintos.

Sin embargo es preciso aclarar que los efectos jurídicos de esta figura (expropiación) no radican en la conclusión de los atributos del ejercicio del derecho propietario sino más bien se puede decir que implica la sustitución de un bien jurídico por otro. Porque es evidente que: “El Estado garantiza los derechos de los actuales poseedores debidamente calificados, sobre las tierras que fueron afectadas o expropiadas con fines de Reforma Agraria”¹¹² y entonces solo se trata básicamente en un lenguaje claro de un intercambio en este caso de un bien por el dinero que es considerado otro bien.

Por otra parte en la comprensión vinculante del principio de transformación que se dio a través de las medidas de Reforma Agraria se han ido consignando mecanismos de protección al derecho propietario de la tierra, siendo un ejemplo claro las disposiciones contenidas en la Constitución Brasileña¹¹³ (art. 184 y 185) que

¹¹⁰ V. NICARAGUA, *Decreto 782, Ley de Reforma Agraria*, 19 de julio de 1981. Managua

¹¹¹ **Arto. 18.** Una vez firme la resolución del Ministro de Desarrollo Agropecuario y Reforma Agraria, éste declarará mediante acuerdo la expropiación o confiscación en su caso la certificación de este acuerdo se inscribirá en los Registros Públicos competentes. / Vid. NICARAGUA, *Decreto 782*, ob. cit.

¹¹² PERU, Disposición Final Segunda de la *Ley 25697 de Expropiación con fines de Reforma Agraria*. ob. cit.

¹¹³ **Art. 184.** Es competencia de la Unión expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no está cumpliendo su función social, mediante previa y justa indemnización en títulos de deuda agraria, con cláusula de preservación del valor real, rescatables en el plazo de hasta veinte años, a partir del segundo año de su emisión, y cuya utilización será definida en la ley./1o. Las mejoras útiles y necesarias serán indemnizadas en dinero./2o. El Decreto que declarase el inmueble como de interés social, para fines de reforma agraria, autoriza a la Unión a proponer la acción de expropiación. /3o. Corresponde a una ley complementaria establecer un procedimiento contradictorio especial, de carácter sumario, para el proceso judicial de expropiación./4o. El presupuesto fijará anualmente el volumen total de títulos de deuda agraria, así como el montante de recursos para atender a los programas de reforma agraria en ejercicio./5o. Están exentas de impuestos federales,

establece entre otras cosas las limitaciones no solo del ejercicio del derecho en cuestión, sino también de las atribuciones del Estado respecto de esta.

A esta altura de la reflexión es claro que la figura jurídica de la expropiación ha estado contenida en la normativa del derecho agrario desde sus inicios sirviendo de instrumento en los procesos de distribución de la tierra, así como también se ha visto en los últimos tiempos que se ha ido manteniendo en las diferentes modificaciones que estas han sufrido lo cual plantea ya *per se* que es un instrumento valido en este sentido sobre todo si va unido al argumento central que lo motiva: “el interés social” sobre el “interés particular”.

A.2 Sobre la “Nacionalización”

La nacionalización no es una institución reciente, sino que ya ha sido visible en la historia a través de la noción de apropiación que se fijaron en el contexto de las distintas sociedades, lo cual refiere este principio a la antigüedad, pero contemplada como una figura jurídica es posible encontrar su precursora en el pensamiento de Kant, Fichte o Hegel quienes argumentaban que el principio de la propiedad va ligado al de la interacción con la sociedad, dando lugar entonces a la característica elemental contenida en las disposiciones legales recientes a través de lo que se ha venido a denominar como “función social”, ya es importante reconocer que “la propiedad como institución jurídica no puede ser tomada en cuenta y no existe en una sociedad civilizada organizada sino en la medida en que el Estado la reconoce y la reglamenta, y no reviste sino la forma y estructura que un Estado determinado consienta en darle.”¹¹⁴ De lo cual se infiere entonces que el uso y goce de la misma según la doctrina es exclusivo, absoluto y eterno en virtud de lo que dicho ejercicio propietario debe estar en armonía con los intereses de la comunidad nacional.

estatales y municipales las operaciones de transmisión de inmuebles expropiados para fines de reforma agraria./**Art. 185.** No son susceptibles de expropiación para fines de reforma agraria: la pequeña y media propiedad rural, así definida en ley, siempre que su propietario no posea otra;(..) Vid. BRASIL, Art. 185 Capitulo II de la Política Agrícola y Territorial de la Reforma Agraria, Título VII Del Orden económico y Financiero de la *Constitución*, ob. cit.

¹¹⁴ Cfr. RIPERT, citado por Katzarov K, *Teoría de la Nacionalización el Estado y la Propiedad*. Traducción de Héctor Cuadra. UNAM [Internet] www.bibliojuridica.org/libros/libro 18:10pm 24 de noviembre de 2005 p.33

Es este último aspecto el que sin duda marca la base principista de la nacionalización, ya en el fondo esta medida representa para el derecho una figura de transformación del derecho propietario, puesto que el objetivo central de esta es “conferir a la colectividad, es decir al Estado la propiedad de los medios de producción con miras a su utilización según los principios socialistas y que estos medios están entre las manos de los propietarios privados y el lado jurídico de la operación podría reducirse a su compra por parte del Estado o a la expropiación en provecho del Estado.”¹¹⁵ A partir de esta afirmación realizada por el autor es posible advertir que la nacionalización se funda no solo en argumentos fiscales sino también políticos, jurídicos, sociales y morales ya que se trata de la “posesión” o sentido de “apropiación” por la “colectividad” de los medios de producción.

En esta lógica entonces es que los distintos gobiernos de los países latinoamericanos a lo largo de su historia contemplan estas medidas ineludiblemente vinculadas o consecuentes de la movilización social emergentes de procesos revolucionarios importantes, como son los casos de México, Bolivia y Cuba.

A.2.1 Caso de los Hidrocarburos

El caso de los hidrocarburos es muy significativo en relación con este tipo de figura ya que es evidente que la línea de acción continental se ha desarrollado a lo largo del tiempo a partir de una premisa nacionalista importante, la misma que es posible de advertir en la formación de las Empresas Nacionales de Petróleo, cuya cronología no hace más que remitir a un sentido proteccionista pues ya en 1922 la emergencia de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) en Argentina bajo la dirección de Moscón para quien no quedaba “(...) otro camino que el monopolio del Estado pero en forma integral, es decir en todas las actividades de la industria; la

¹¹⁵ Cfr. KATZAROV Konstantin, *Teoría de la Nacionalización el Estado y la Propiedad*. Traductor Héctor Cuadra. UNAM [Internet] www.bibliojuridica.org/libros/libro 1810 24 de noviembre de 2005 p.178

producción, la elaboración, el transporte y el comercio (...)”¹¹⁶ establecía con claridad meridiana el elemento que influiría radicalmente en la consecuente formación de otras similares en los distintos países como Bolivia que en 1936 crea Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), entidad pública que se organiza sobre la base de la experiencia argentina y que en virtud de la naturaleza “nacionalista” el presidente Toro decreta en ese mismo año la expropiación de la Standard Oil Company –empresa extranjera encargada del monopolio de la explotación petrolera- bajo el argumento de incumplimiento de los términos consecionales.

Por otra parte la idea que se tiene de consolidar una empresa estatal involucra la constitución de la empresa estatal en Brasil (1938) durante el gobierno de Getulio Vargas, pero será solo en el segundo mandato de este (1953) que se establecerá de forma definitiva Petrobrás. Lo que si queda claro es que este año -1938- no solo es importante para el Brasil en este sentido, sino también para México ya que el 18 de marzo del mismo el presidente Lázaro Cárdenas mediante decreto anuncia que: “Se declaran expropiados por causa de utilidad pública y a favor de la nación, la maquinaria, instalaciones, edificios, oleoductos, refinerías, tanques de almacenamiento, vías de comunicación, carros-tanque, estaciones de distribución, embarcaciones y todos los demás bienes muebles e inmuebles de propiedad (...) para el descubrimiento, captación, conducción, almacenamiento, refinación y distribución de los productos de la industria petrolera. (art.1º)”¹¹⁷ Las empresas expropiadas como producto de esta disposición fueron las siguientes: Compañía Mexicana de Petróleo El Águila, S.A., Compañía Naviera de San Cristóbal, S.A., Compañía Naviera San Ricardo, S.A., Huasteca Petroleum Company, Sinclair Pierce Oil Company, Mexican Sinclair Petroleum Corporation, Stanford y Compañía, S. en C. Peen Mex Fuel Company, Richmond Petroleum Company de México, California Standard Oil Company of México, Compañía Mexicana el Agwi, S.A., Compañía de Gas y Combustible Imperio, Consolidated Oil Company of México, Compañía Mexicana de Vapores San Antonio, S.A., Sabalo Transportation Company, Clarita, S.A., y Cacalilao, S.A., acción que se sustentó en la intransigencia de estas

¹¹⁶ Cfr. BERNAL Federico, *El Petrolero Argentino. Notas sobre el General Enrique Moscón, YPF y la Integración Petrolera Latinoamericana*. IDICSO. Agosto de 2005. Buenos Aires. p.1 paper

¹¹⁷ V. MEXICO, *Decreto Expropiatorio de 18 de marzo de 1938*. México DF.

empresas petroleras a someterse a las leyes nacionales. En este sentido sirve de fundamento a las disposiciones del Decreto Expropiatorio las contenidas en el párrafo segundo de la fracción VI del artículo 27 Constitucional y en los artículos 1º., fracciones V, VII y X, 4, ,8, 10 y 20 de la Ley de Expropiación de 23 de noviembre de 1936. Este hecho no hace sino reflejar los cambios emergentes de la Revolución que se fueron introduciendo y consolidando mediante la normativa, a objeto de profundizar y completar el proceso de transformación social, resultando así en disposiciones subsecuentes de nacionalización de minas y subsuelos, toda vez que se entendía que la propiedad privada debía ser reducida a lo que la administración dispusiera, así como también la nacionalización del petróleo y la expropiación de las empresas ya mencionadas que pertenecían a ciudadanos extranjeros.

Asimismo la transformación social que plantea la revolución cubana de 1959 trae consigo la necesidad e introducir cambios en los diferentes ámbitos (político, jurídico, económico, entre otros), siendo así que en lo que se refiere fundamentalmente al aspecto económico se decreta la expropiación y nacionalización de empresas cubanas de industria y comercio, siendo además nacionalizadas las empresas norteamericanas como principio lógico de la aplicación de un modelo económico socialista, ya que según Lenin “la nacionalización de los medios de producción es una condición previa, esencial a la realización de la doctrina socialista y esta condición, la lleno efectivamente y de una manera muy completa”¹¹⁸

El siguiente proceso de estatización petrolera en este caso se dio en Venezuela a través de la ley de 29 de agosto de 1975 que reserva al estado la explotación monopolica de hidrocarburos que dispone entre otras cosas que las propiedades, plantas y equipos de las compañías consecionarias extranjeras así como los modestos activos de las consecionarias venezolanas pasaran a ser pertenencia del Estado. Al respecto Peñalosa afirma que la estatización del petróleo “ha debido traer consigo cambios importantes (...) pero tal cosa no ha ocurrido a pesar de la inyección de 274 mil 200 millones de dólares que Petróleos de Venezuela ha

¹¹⁸ Cfr. KATZAROV Konstantin, Ob. cit, p.32

proporcionado a la economía del país en los últimos 21 años (1976-1996 ambos incluidos).”¹¹⁹

Actualmente la realidad boliviana reporta que aun no se ha cerrado la pagina de la nacionalización de hidrocarburos, deviniente de la política económica neoliberal implementada en los últimos años y que ha desencadenado movimientos sociales de gran envergadura como la de “Octubre Negro” (2003), cuya consecuencia se ha traducido en la renuncia de dos Presidentes y la aplicación de un Referéndum poniendo en el ojo del huracán el tema de los contratos de las empresas capitalizadas, circunstancias ante las cuales los diferentes partidos políticos y asociaciones ciudadanas se han pronunciado considerándose en el caso de UN y de PODEMOS que el hecho de garantizar el 50% de ingresos hidrocarburíferos al TGN es básicamente una “nacionalización”.

Mientras, que la posición del MAS afirma que la nacionalización efectiva de la propiedad debe circunscribirse a la “recuperación” de la propiedad de los hidrocarburos como factor estratégico de la economía nacional, desde la perspectiva que esta nueva noción (recuperación) implica una nacionalización progresiva o expropiación, con el detalle que en ella no media el pago de indemnización alguna. Este último modelo involucra entre sus argumentos centrales la participación accionaria en las empresas capitalizadas en un 51%, lo cual de acuerdo con la posición del SIN es posible a partir de la rescisión de los contratos suscritos.

Este tema es el mas álgido en la agenda interna del Estado Boliviano, ya que depende de cómo se maneje a partir de ahora el tema, para que se hagan efectivas las propuestas de alcanzar una mayor estabilidad económica ya que la situación legal de los hidrocarburos refleja la tendencia de los últimos –altamente neoliberal-corporativista-, sino solo véase los datos contenidos en el cuadro siguiente:

¹¹⁹ V. PEÑALOZA Humberto, *Una Semblanza de Venezuela y su Petróleo*. Caracas, [Internet] www.venezuela/nacionalizaciondehidrocarburos/html. 20 de noviembre de 2005 10:22 a.m.

CUADRO II. 1
SITUACION LEGAL DE LOS HIDROCARBUROS EN BOLIVIA

DECRETOS-LEYES	FECHA	CONSECUENCIAS
Ley 1182 de Inversiones	17 de septiembre de 1990	Esta ley inicia el proceso de Capitalización y privatización de las Empresas Estatales en Bolivia.
Ley 1330 de privatización	24 de abril de 1992	Mediante esta Ley se capitaliza y privatiza las propiedades del Estado Boliviano.
Ley 1489 de Desarrollo y tratamiento impositivo de las exportaciones	16 de abril de 1993	Incorpora a través de sus disposiciones a las petroleras en el esquema de devolución del IVA por exportación de hidrocarburos.
Decreto Supremo 25836 privatización de Refinerías	Diciembre 1998	Con esta Ley se privatiza las 3 refinerías de YPFB y Bolivia prácticamente pierde con ellas las mas rentables (Gualberto Villarroel-Cochabamba; Carlos Montenegro-Sucre; y Palmasola-Santa Cruz).
Ley 1961 de Corredores de exportación de Energía, hidrocarburos y Telecomunicaciones de Necesidad Nacional	23 de marzo de 1999	Restringe la inserción de capitales bolivianos, promoviendo la IED a través de la concesión de 40 años.
Ley 1963	23 de marzo de 1999	Esta ley ratifica el contenido dispositivo de las concesiones, en cuanto se refiere a la liberación de pago de impuestos a las Petroleras.
Ley 1964	23 de marzo de 1999	Es considerada como la Ley de protección a las Empresas Privatizadas en función de la posibilidad de nuevos permisos.
Ley 1981	27 de mayo de 1999	Con estas disposiciones se privatiza completamente las refinerías, los ductos, las plantas de almacenaje y se procede a crear la figura de las empresas "mayoristas".
Decreto Supremo de Congelamiento de Precios	7 de julio de 2000	Mediante este Decreto se procede al congelamiento de los precios de la gasolina especial y del diesel (Bolivia cancela por consumo de estos productos sumas superiores a los de EEUU). Esto favorece a las utilidades de las ET
Decreto Supremo 26365 Decreto Supremo 26366	24 de octubre de 2001	Se libera a las Empresas Petroleras de la obligación de perforar un pozo por cada parcela en los primeros 5 años.

		Entonces las Empresas petroleras retienen, los campos obtenidos mediante concesión sin necesidad de tener que incrementar sus niveles de inversión.
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración Propia

De lo que se infiere que la discusión política sobre los hidrocarburos apuesta a no tener fin en tanto implica básicamente una serie de variables que demuestran que la regulación sobre la exploración, explotación, industrialización y comercialización de las reservas hidrocarburíferas es fundamental para determinar un agenda de desarrollo en el país. (Véase el Cuadro II. 2)

CUADRO II. 2
RESERVAS HIDROCARBURIFERAS DE BOLIVIA PROBADAS Y PROBABLES A
PRECIOS INTERNACIONALES

RESERVAS	EN DOLARES AMERICANOS (\$us)	A CADA BOLIVIANO (8 millones)
Probadas Gas Natural 27.62 TCF Petróleo 462.3 millones de barriles	\$us.180.000.000.000.- (ciento ochenta mil millones de dólares) a 5.8 \$us/mpc el gas y 42 \$us el barril de petróleo	\$us. 22.500.- (veintidós mil quinientos dólares) a cada boliviano
Probables Gas natural 24.73 TCF Petrolero 446.5 millones de barriles	\$us.160.000.000.000.- (ciento sesenta mil millones de dólares) a 5.8 \$us/mpc el gas y 42 \$us el barril de petróleo	\$us. 20.000.- (veinte mil dólares) a cada boliviano
Valor de Mercado Probada y Probable	\$us.340.000.000.000.- (trescientos cuarenta mil millones de dólares)	\$us. 42.500.- (cuarenta y dos mil quinientos dólares) a cada boliviano

Fuente: Periódico HORA 25, año 5 N° 26, julio/agosto, p.4

TCF= trillón de pie cúbico=1.000.000.000.000.000.000 pie cúbico

Mpc= millar de pie cúbico= mil pies cúbicos= 2,33 garafas de gas (GLP)

A.2.2 Caso de las Minas

La nacionalización de las minas tampoco es una figura nueva pues ya fue planteada por Simón Bolívar a través del Decreto de 24 de octubre de 1829 de Quito, en el que señala que “las minas de cualquier clase corresponden a la Republica”, lo cual ya de por si implica la constitución de las raíces de las

posteriores Leyes de Minas e Hidrocarburos que se elaboraran en el Continente Americano, convirtiéndose a partir de ello en el fundamento de la “Nacionalización Petrolera”, esta afirmación no hace sino demostrar que la política macro-económica del Libertador se vincula a los principios de justa distribución y por consecuencia de la nacionalización de las riquezas mineras.

Y es así que parece agarrar lógica, aunque no desde los parámetros del socialismo como se dio en el contexto político de la URSS, pero si en cambio desde la perspectiva del sentido nacionalista latinoamericano donde las medidas de nacionalización de las minas que se dieron como producto de los cambios sociales sobre todo en el caso boliviano a partir de la revolución del 9 de abril de 1952 que se tradujo en hechos reales de expropiación del derecho de explotación sobre los minerales a través de la Ley de 31 de octubre de 1952 a los Barones del Estaño, y que como resultado de este hecho recibieron sendas felicitaciones por la dimensión que sus efectos representaban en la transformación de la estructura eco-social y de derechos, y cuyo testimonio mas importante desde la visión americana es sin duda la que plasmara en su momento el escritor guatemalteco Miguel Ángel Asturias quien decía que asistía “(...) a una de las jornadas mas hermosas de la nueva historia americana. La revolución Boliviana, no es una revolución en el sentido peyorativo, que las agencias cablegráficas dan a esta palabra. No es una de las mas desesperadas y cruentas luchas de liberación popular. Este país se halla empeñado en la parte final de una gigantesca batalla libertadora: la nacionalización de las minas”¹²⁰ Pero no fue el único ya que Neruda en un cable enviado al presidente Paz Estensoro indicaba que “la nacionalización (de las minas) es una fecha de honor, para América”¹²¹ ambas posturas no hacen sino plasmar el contexto histórico de ese tiempo y la importancia que adquirió la estatización de los recursos que permitirían en adelante pergeñar políticas de explotación mas adecuadas.

A estas alturas ya es evidente la duda ¿expropiación y nacionalización son sinónimos o mas bien se trata de medidas antagónicas o por el contrario complementarias? Lo cierto es que para responder a esta interrogante es

¹²⁰ Cfr. ASTURIAS Miguel Ángel, citado por Mario Sangines Uriarte. En: *Siempre*. La Paz Editorial Fiat Graph. 1º Edición. 2002. P. 166

¹²¹ V. NERUDA Pablo, citado por Mario Sangines Uriarte. Op cit. P.166

importante primero que nada hacer referencia al fundamento que sirve de base estructural de ambas figuras.

En este sentido es preciso indicar que el fundamento de la nacionalización “reside por consecuencia en una nueva actitud del hombre con respecto a la propiedad en general y a la propiedad de los medios de producción más especialmente.”¹²² es decir que si bien la nacionalización puede entenderse como un sinónimo de la expropiación es evidente que no es así, por diferentes argumentos que valdría la pena establecer a continuación: **Primero:** que la *noción de apropiación* que se da en el contexto jurídico de ambas figuras admite fundamentalmente en el caso de la expropiación el argumento de la “utilidad pública” o el interés social, mientras que en la nacionalización se establece a partir de la “función social” o interés estatal. **Segundo:** el *fundamento prejudicio* de ambas instituciones admite en de la expropiación un carácter utilitario-económico-, mientras que el de la nacionalización se relaciona con los aspectos social, económico, político y moral. **Tercero:** la *naturaleza jurídica* de la expropiación se vincula a figura de la compra-venta forzada con pago de una indemnización, sin embargo en la nacionalización se plantea la transferencia de derechos sin que medie el pago de una indemnización, toda vez que se comprende como un proceso de “recuperación” de elementos de interés nacional. **Cuarto:** que la *limitación legal* del derecho propietario en la “expropiación” constituye una confrontación de intereses que van evolutivamente desde el interés particular (individuo) frente al interés social (comunidad) llegando incluso a enfrentarse con el interés público. Mientras que el caso de la “nacionalización” la limitación legal parte del interés público (población) frente al interés estatal (Estado)¹²³ y en este sentido admiten ámbitos y parámetros distintos de acción y aunque sus efectos jurídicos sean similares ambos son figuras radicalmente diferentes pero convergentes jurídicamente hablando.

¹²² Cfr. KATZAROV Konstantin, op cit. P.34

¹²³ El “interés particular” puede estar dado por el ejercicio del derecho propietario sobre un determinado bien, que confrontado con el “interés social” detentado por una comunidad específica, pierde el sentido de apropiación, toda vez que es inevitable que se ejerza prioritariamente este último, un ejemplo claro de ello es la figura del latifundio. Por otra parte el “interés público” es evidente cuando una comunidad va a ser beneficiada por una obra. Pero el “interés estatal” se infiere a partir de la existencia de peligrosidad que deviene de una obra pública para la Nación.

Entonces es evidente que tanto la expropiación como la nacionalización son figuras jurídicas cuya aplicación persigue un mismo efecto que bien se podría entender como una “transferencia” de derechos y que en los procedimientos son diferentes, y cuyos efectos jurídicos son idénticos en cuanto implican fundamentalmente una “desposesión” o “desapropiación” del bien detentado.

Por otra parte generalmente el acto expropiatorio se produce en virtud de la constante solicitud de un determinado grupo de personas, sin embargo en el caso de la nacionalización se debe entender esta figura como la consecuencia de un movimiento social que implica un nivel de peligro para la estabilidad de un determinado Estado, y entonces es una medida que es agendada como parte de una demanda social.

Pero ninguna nacionalización es posible sin la aplicación del acto expropiatorio, pues es evidente que si bien esta figura tiene sus orígenes en la demanda social, no puede pues llevarse adelante sino a través de medidas jurídicas específicas en este caso la expropiación. quizá se deba a este hecho que se entiendan ambas como elementos y figuras sinónimas, pero lo cierto es que la nacionalización que forma parte de las figuras jurídicas de protección de los intereses estatales afectados y que solo pueden recuperarse de sus nuevos detentadores a través del acto expropiatorio, sin que en muchos de los casos medie el pago previo de una indemnización en tanto se entiende que estos son parte de la propiedad del Estado y cuya figura se argumenta en torno a la convergencia de la “utilidad pública”, “la función social” y el “interés del Estado” y de los “fines del Estado”. Mientras que la expropiación comprendida como la desapropiación y limitación legal del interés particular se circunscribe al fundamento de la “utilidad pública”, en beneficio del “bien común” que es un “fin del derecho”.

B. La Importancia de la Inversión Extranjera

Después del análisis de la evolución conceptual de la figura de la expropiación en el contexto jurídico del siglo XX, es importante realizar en este punto una reflexión

sobre uno de los elementos que ha condicionado su mutabilidad hacia la figura jurídica de la expropiación indirecta, desde parámetros eminentemente económicos como es el de la inversión extranjera directa (IED), que asume una preponderancia inusual en tanto implica el nuevo escenario de las transformaciones eco-jurídicas en el mundo entero. A este fin se hará referencia a los marcos conceptuales tanto de la inversión cuanto del inversionista a partir de la visión que conjuga la persona con el capital.

B.1 Definiciones

Las definiciones que se plantean en este punto son las de inversión extranjera directa (IED) y de inversor.

B.1.1 Inversión Extranjera

Hablar de Inversión Extranjera supone en principio la necesidad de definir la misma a fin de delimitar el alcance del mismo en un contexto económico y social determinado con efectos jurídicos intrínsecos, es así que conceptualizando este término –inversión- se entenderá el mismo como: “toda clase de bienes” o “todo elemento del activo”, en especial, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales como cauciones, hipotecas y prenda; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades, aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual así como también las concesiones otorgadas por ley o por contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales¹²⁴, lo cual refleja ciertamente la amplitud de esta noción. Probablemente se deba este hecho a que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) entiendan la IE como aquella cuyo propósito es establecer relaciones económicas duraderas y que brinden la posibilidad de ejercer una influencia administrativa efectiva.

¹²⁴ V. FERNANDEZ de Gurmendi Silvia A. “*Los Convenios Bilaterales...*”, ob.. cit., p. 69.

Sin embargo es necesario también hacer algunas precisiones al respecto mucho más aun cuando el concepto de inversión remite a determinadas características como son la a) duración, b) regularidad de los beneficios y del rendimiento, c) el riesgo tanto para el inversor cuanto para el receptor y d) el nivel de compromiso que este implica. Este ultimo sobre todo en cuanto se refiere a la conquista de un nivel de seguridad a través de la implantación de medios de protección y garantía que fomenten el incremento y consolidación de estos en un determinado contexto económico nacional.

En este sentido se debe indicar también que la inversión puede según su origen considerarse como nacional o extranjera, esta ultima puede comprenderse desde la perspectiva del resultado emergente de los Programas de Ajuste Estructural promovidos por el Banco Mundial (BM) cuanto por el Fondo Monetario Internacional (FMI) implantados y ejecutados en parte de la década de los 80 y 90 del siglo pasado en los Estados Latinoamericanos, en este sentido es claro que el impacto en las distintas economías de esta clase de inversiones –extranjeras- que según Marzorati puede definirse como “(...) el aporte de capital de riesgo efectuado por personas físicas o jurídicas que no tienen constituido su domicilio o el principal asiento de sus negocios, en el país donde invierten con la finalidad de desarrollar una actividad económica”¹²⁵. Al respecto Velásquez la entiende “como aquellas inversiones que realiza una empresa en un país distinto al de origen, para obtener capacidad de decisión en la empresa receptora, estableciendo con ella una relación de largo plazo”¹²⁶

En este sentido la legislación emergente a raíz de los cambios económicos emprendidos en la mayoría de los Estados ha establecido la inversión extranjera como parte del contenido de las Leyes de Inversión, así por ejemplo se tiene la de Uruguay que indica que se entenderá esta como: “(...) todo capital proveniente del exterior con derecho a transferencia de su valor así como de sus utilidades (...)”¹²⁷

¹²⁵ Cfr. MARZORATI Osvaldo *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 661.

¹²⁶ Cfr. VELASQUEZ Francisco, et. al *La inversión Extranjera y las Empresas Multinacionales*. En “Diez Lecciones sobre la economía Mundial”. México DF. 2000.

¹²⁷ V. URUGUAY, Art. 1º *Ley de Inversiones. Ley 14179*. Montevideo.

Mientras que la de Nicaragua la concibe como “la que se realiza mediante la transferencia a Nicaragua de capital extranjero, entendiendo como el proveniente del exterior con independencia de la nacionalidad o del lugar de residencia del inversionista (art. 2 num.1)”¹²⁸ que no hace mas que ratificar los primeros planteamientos contenidos en la Ley 127 Decreto N° 30/92 que fuera publicada el 20 de junio de 1991 y que es el primer conjunto normativo que establece los derechos, deberes, beneficios, condiciones y garantías de la inversión extranjera en este Estado.

Asimismo la Ley de Inversiones Extranjeras Mexicana en su art. 2 párrafo II define la misma a partir de la concurrencia de determinados elementos como son: “(...) a) la participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas; b) la realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y c) la participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta ley”¹²⁹ y fija en los art. 5 y 6 las actividades en las que no podrá admitirse la participación de este tipo de inversión ya que se reservan esos ámbitos para el Estado y las empresas mexicanas, sin embargo, el art. 7 del referido cuerpo legal establece los límites de la inversión extranjera no solo en cuanto a una nomina de áreas de inversión sino también los porcentajes de participación a los que se deberán ajustar.

De toda esta primera parte es evidente que la “inversión” involucra a los activos, aspecto que para algunos autores no se podría incluir ni sobre entender en el concepto de inversión extranjera ya que estaría sobre pasando la noción tradicional de “empresa” toda vez que se excluiría de estos los bienes intangibles como son los derechos de propiedad intelectual así como en su momento también a los que devienen de la inversión en portafolio, lo cual ha estado repercutiendo que en la suscripción de instrumentos legales internacionales donde se ha consignado esta figura bajo la comprensión de “activos”, “inversiones” como es el caso del suscrito

¹²⁸ V. NICARAGUA, Art. 2 num.1 del *Decreto 74-2000 Reglamento de la Ley 344 de Inversiones Extranjeras* de 27 de abril de 2000. Managua. Gaceta. Diario oficial. Año CIV N° 97 de 24 de mayo de 2000.

¹²⁹ V. MEXICO, Art. 2 parag. II de la *Ley de Inversiones Extranjeras*. Diario Oficial de la Federación. 27 de Diciembre de 1993. México DF.

entre Argentina y Estados Unidos, como “bienes” en el documento con Chile¹³⁰, y “haberes” en otros. En virtud de lo cual puede inferirse una apertura de la noción y alcance de la inversión hacia los derechos que parecen incluir a los de propiedad intelectual.

Es así que la introducción de la noción de inversión en los ya supra citados instrumentos jurídicos internacionales se da bajo los parámetros de un determinado modelo de cláusula, cuyo contenido establece: “A los fines del presente acuerdo: 1. El término inversión designa, de conformidad con la legislación y disposiciones de la Parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte contratante en el territorio de la otra Parte contratante, de acuerdo a la legislación de ésta [...]”¹³¹ en el caso de los TBI y APPRI, mientras que en el de los TLC suscritos desde 1992 el modelo viene dado a través de la convergencia de determinados elementos como: “ a) la aplicación o transferencia de recursos al territorio de una Parte por inversionistas de la otra Parte con propósito de lucro; b) la participación de inversionistas de una Parte, en cualquier proporción en el capital social, de las empresas de la otra Parte o en las actividades contempladas por la legislación en materia de inversión de esa otra Parte; o c) aquella realizada de conformidad con los literales a) y b) por una empresa de una Parte con mayoría de capital perteneciente a inversionistas de la otra Parte o que se encuentra bajo el control de los mismos (...)”¹³² Sin embargo es claro que a continuación y a objeto de no conflictuar la interpretación acerca de lo que no es inversión para fines futuros también se encuentran disposiciones en los referidos cuerpos legales que hacen mención explícita al asunto cuando indican que la “inversión no incluye: a) una obligación de pago de un crédito a una empresa del Estado ni el otorgamiento del mismo; b) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o una empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de la otra Parte; o ii) el otorgamiento de un

¹³⁰ V. ARGENTINA, *Ley 24.124/92* que avala la suscripción del Acuerdo entre Argentina y Estados Unidos. / *Ley 24.342/94* que avala el documento suscrito entre Argentina con Chile.

¹³¹ Modelo de cláusula contenida en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de la Inversión (APPRI),

¹³² Modelo de cláusula consignada en el TLC suscrito entre México y Bolivia, en el TLC de México-Costa Rica y otros. Vid. BOLIVIA-MEXICO art. 15-01 del TLC

crédito en relación con una transacción comercial, cuya fecha de vencimiento sea menor a tres años, tal como el financiamiento al comercio.”¹³³ Asimismo se hallan insertas en el documento celebrado entre México y Costa Rica (Capítulo XVII).

Lo que no se puede dejar de mencionar es que estos instrumentos legales internacionales, sobre todo en el caso de los TLC la definición de inversión se basa estructuralmente en la noción de “empresa comercial” que implica a su vez “participación mayoritaria” y a partir de estos elementos es reflejado el contenido. Quizás por este motivo Perugini afirme que es “de la lectura de los preámbulos surge que los Convenios tienen por finalidad alentar las inversiones, y para ello cada Estado asume el compromiso de protegerlas en su territorio. En realidad, a pesar del título que tienen los diferentes acuerdos, de su contexto se desprende que los destinatarios finales de la protección son tanto las inversiones cuanto los inversores. Por esta razón los Convenios definen igualmente lo que se entiende por inversor a los efectos de la protección”¹³⁴ (Véase Cuadro II. 3)

**CUADRO II. 3
SITUACION DEL INVERSOR Y LA INVERSION EN LOS TRATADOS DE LIBRE
COMERCIO (TLC)**

TRATADOS	INVERSOR	INVERSION
BOLIVIA		
Bolivia – México	Cap. XV Art. 15-01	Cap. XV Art. 15-01
CHILE		
Chile – México	Cap. 9 Art. 9-01	Cap. 9 Art. 9-01
Chile – Centro America		Cap. X
ESTADOS UNIDOS		
NAFTA (<i>Canadá, México y Estados Unidos</i>)	Cap. XI Art. 1101	Cap. XI Art.11-01
MEXICO		
Grupo de los Tres (<i>México, Colombia y Venezuela</i>)		Cap. XVII Art. 17-01

¹³³ Ibidem

¹³⁴ Cfr. PERUGINI Alicia, *La definición de las personas físicas y la cláusula de la Nación más favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones* En “Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1º Edición, 1993, p. 36

México – Nicaragua	Cap. XVI Art. 16-01	Cap. XVI Art. 16-01
México – Triangulo del Norte (El Salvador, Guatemala, Honduras, y México)	Cap. XIV Art. 14-01	Cap. XIV Art. 14-01

Fuente Elaboración Propia

B.1.2 El Inversor

En cuanto a la noción que se tiene y se maneja respecto del inversor, existen hoy en día varias versiones en virtud de lo cual solo se mencionaran algunos de los mas importantes, entre ellos el que plantea Marzorati, para quien la legislación argentina cuando hace referencia al sujeto titular de la inversión extranjera, define a éste como “(...) toda persona capaz, es decir, todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta persona puede ser física o jurídica, siendo el único requisito exigido que su domicilio o asiento principal de los negocios no coincida con el lugar de la inversión”¹³⁵. En este sentido siguiendo la lógica de la anterior acepción es evidente que a partir del contenido del artículo 2 de la Ley de Inversiones Extranjeras 21.382 (t.o. por Decreto 1853/93) se entienda como inversor extranjero “a todas las personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio fuera del territorio nacional”¹³⁶, es decir que a partir de esta ultima afirmación debe comprenderse que la noción de inversor extranjero esta ligado no solo a una característica de capacidad, sino también a la del domicilio.

Siempre en esta línea doctrinal se encuentra la legislación uruguaya que concibe como inversionista extranjero “Solo a las personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero [que] podrán ser titulares de los derechos y obligaciones emergentes de esta ley (art. 2)”¹³⁷. Por otra parte la Ley de Inversiones Extranjeras de México en su art. 2 parágrafo III define a éste como: “la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica”¹³⁸

¹³⁵ Cfr. MARZORATI Osvaldo, ob. cit. p.663

¹³⁶ V. ARGENTINA, Art. 2 de la *Ley de Inversión Extranjera 21382 Decreto 1853/93*. Buenos Aires 1993.

¹³⁷ V. URUGUAY, Art. 2 de la Ley 14179 ob. cit.

¹³⁸ V. MEXICO, Art. 2 parag. III de la *Ley de Inversiones Extranjeras*, ob. cit.

A partir de las acepciones recientemente planteadas es evidente que los criterios de nacionalidad y domicilio son los que marcan el centro de la definición contenida en las distintas disposiciones legales de América. Probablemente en el entendido que ese hecho no hace sino distinguir y a su vez equiparar el contexto de los derechos en algunas legislaciones como es el caso del Paraguay cuya Ley 117/91 establece la total igualdad de las inversiones nacionales y extranjeras cuando indica que: “I. El objeto de la presente Ley es estimular y garantizar en un marco de total igualdad la inversión nacional y extranjera para promover el desarrollo económico y social del Paraguay. II. El inversionista extranjero y las empresas o sociedades en que éste participe tendrán las mismas garantías, derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos otorgan a los inversionistas nacionales, sin otra limitación que las establecidas por Ley”¹³⁹. Esta acepción es muy importante de tomarse en cuenta ya que tiene que ver especialmente con el establecimiento de un vínculo mediante el cual ya sea la persona (inversor) o la empresa –también inversor- llegan a estructurar en función de su residencia y de su nacionalidad con el Estado-Parte, porque según la OCDE “se consideran inversionistas en el sentido de un acuerdo si cuentan con la nacionalidad de uno de los Estados Parte o si bien mantienen algún tipo de vínculo tales como la residencia permanente (...)”¹⁴⁰

Hoy más que nunca el tema del domicilio cobra inusual fuerza e interés en tanto refleja el nuevo mapa laboral del mundo, deviniendo de procesos migratorios y cuya circunstancia se consigna en el caso mexicano que le reconoce en el art. 3 de la ut supra citada Ley de Inversiones cuando hace referencia a la calidad de inversor nacional en cuanto habitante extranjero inmigrante. Parece que esta distinción se realiza a objeto de evitar afectar la figura del inversor nacional, para los efectos de una nacionalización de empresas extranjeras por ejemplo.

En este sentido no se puede dejar de lado las atribuciones que requiere la “nacionalidad” y que según la Corte Internacional de Justicia están dados por los siguientes elementos: a) el lugar de constitución (toda persona jurídica se considera

¹³⁹ V. PARAGUAY, Capítulo I Del Objeto y Aplicación de la Ley. *Ley 117/91*. Asunción.

¹⁴⁰ Cfr. GARCIA Carlos, *Definiciones: Inversión e Inversionista*. [Internet] www.DGIE.org 14:20 p.m. 2 de diciembre de 2005 p.2 paper

nacional del Estado donde se incorporó o constituyó, sin perjuicio del lugar donde realiza sus actividades económicas); b) el lugar de asiento o sede (toda persona jurídica se considera nacional del Estado donde tenga el asiento de la administración de la empresa); c) el concepto de control (la nacionalidad de la persona jurídica se determina en base a la nacionalidad de los accionistas que controlan o poseen la propiedad sustancial de la empresa) ¹⁴¹. Es decir que el criterio de nacionalidad y el de domicilio deben ser conciliados a la hora de establecer los lineamientos principistas, las figuras y los procedimientos jurídicos que se seguirán a fin de evitar conflictos de leyes e intereses posteriores.

B.2 El Contexto de la Inversión Extranjera

La filosofía y la conducta de la Inversión Extranjera han ido cambiando paralelamente a los altibajos de las economías latinoamericanas y de los modelos económicos imperantes en el escenario internacional. En este sentido cabe indicar que después de la I Guerra Mundial se planteó un Nuevo Orden Mundial, cuya principal característica estuvo dada por la dualidad económica planteada por los modelos Socialista de la URSS y Capitalista del mundo occidental, sin embargo en esta primera fase que empezó a plantear la emergencia de una nueva alternativa de propiedad predominante en el nuevo contexto: el de la propiedad colectiva deviniente de los procesos de nacionalización.

Pero esta primera versión de una nueva economía se asentó de forma definitiva después de la II Guerra Mundial cuando el planisferio sufrió una especie de parcelación que reflejaba la tendencia política que vinculaba ineludiblemente a los Estados que formaban parte de ella a una especie de “cooperación” que tendía a promover su desarrollo interno y con ello claro esta se establecía una relación de dominio que condujo a la creación de un sentido y doctrina de “dependencia”.

¹⁴¹ V. CIJ, *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Bélgica c. España*, Corte Internacional de Justicia. C.I.J., Recueil 1970, p. 4 y ss.

El siglo XX planteo en este sentido una conducta inversora que se pudo observar en la explotación de minerales e hidrocarburos en los distintos países latinoamericanos, pero que en una secuencia de sentimiento “patriota” condujo hacia la nacionalización de estos de la apropiación de manos extranjeras, como resultado de un resentimiento generado a partir de las medidas muy poco favorables empleadas por las Empresas Extranjeras para la obtención de mayores beneficios. Estos hechos se reflejaron posteriormente en la implementación de políticas económicas de filosofía proteccionista que lo único que lograron fue que las empresas extranjeras buscaran participar de la economía interna a través de la figura de las “Representaciones” las cuales fueron a parar en manos de los particulares, que eran prácticamente los que proveían los insumos necesarios a las diferentes industrias nacionales.

Sin embargo, se debe precisar que la mayoría de los Estados latinoamericanos durante la década de los 40 hasta mediados de los 70 inclusive del siglo XX formaron parte del mundo industrial a través de la dotación de materias primas, pero a medida que este sector fue desarrollando niveles de tecnología cada vez mas importantes en el escenario internacional, a los que la vocación mono productora de éstos no pudo responder y que unida a la dependencia de una “deuda externa”, es que se suscitó entonces el fenómeno de la marginalidad económica que devino en las consecuentes hiperinflaciones que plantearon un verdadero desafío para la consolidación de los incipientes procesos democráticos.

Estas hiperinflaciones económicas encontraron su solución en la receta planteada por los organismos internacionales de cooperación financiera (BM y FMI)¹⁴² en el “consenso” de Washington a través de un Programa de Ajuste Estructural que implicaba la implantación de una política de liberalización del mercado, a partir de la introducción de la figura de la libre oferta y demanda no solo para los precios de los productos sino también para los servicios, así como también se debían establecer medidas de privatización de las empresas del Estado a fin de que su achicamiento promoviera una mayor eficiencia en torno a la prestación de servicios y la

¹⁴² Los organismos de cooperación financiera internacional son el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

generación de mayores ingresos para el Estado, es decir se pretendía promover una economía más dinámica y beneficiosa.

Mientras que todos estos hechos se desarrollaban en el seno de un mundo bipolar donde eran evidentes los cruces ideológicos de este-oeste y económicos de norte-sur, la caída del Muro de Berlín en 1989 condujo al establecimiento y consolidación de una Unipolaridad, cada vez más importante en cuanto condicionante del desarrollo de los Estados latinoamericanos, que a partir de este predominio debieron empezar a adecuar sus normativas y diseños económicos a objeto de obtener una garantía a sus procesos de gobernabilidad frente a las movilizaciones sociales cada día más efervescentes por el descontento que producía la implantación de medidas económicas no sociales que parecían argumentarse en la premisa de “el hombre para la economía” y no así de “una economía para el hombre”.

La ejecución entonces del nuevo modelo económico de tendencia neoliberal y la consecuente privatización o capitalización¹⁴³ de las empresas estatales si bien no ha resuelto los problemas fundamentales de la sociedad, si ha puesto en entredicho las conquistas laborales conseguidas en función de la permanencia, y que en esta nueva práctica económica el principio de la “eventualidad” es el eje más importante (libre oferta y demanda).

Pero las Empresas actualmente denominadas Transnacionales respecto de las normas jurídicas de protección a la inversión extranjera establecidas primigeniamente nacionales –leyes de inversión, leyes de privatización o capitalización- han empezado a requerir de los Estados la garantía y protección a través de la suscripción de instrumento legales internacionales donde se incluyan medidas y figuras en este sentido como son los TLC, TBI, APPRI entre otros.

¹⁴³ Este término debe entenderse como: (...) el incremento de su capital [de las empresas de sociedad mixta], mediante nuevos aportes provenientes de inversionistas privados, nacionales y/o extranjeros. Las acciones representativas de estos nuevos aportes, en ningún caso, podrán exceder del total de las acciones emitidas por las sociedades de economía mixta objeto de la capitalización. /Todas las acciones a ser emitidas por las sociedades de economía mixta objeto de la capitalización serán ordinarias. Vid. BOLIVIA, Art. 4 de la *Ley de Capitalización. Ley 1544* de 21 de marzo de 1994. La Paz.

B.3 La Inversión Extranjera Directa: ¿“Ideología” o “interés”?

En este sentido uno de los roles protagónicos que le corresponden tanto a los Estados en su calidad de sujetos primarios del derecho internacional y a los Órganos Interestatales de Integración como sujetos secundarios del mismo es determinar sin duda alguna los lineamientos principistas de la inversión extranjera directa (IED), lo cual no solo determinara la normativa y los mandatos emergentes de esta, sino también la conducta posterior y la creación de una jurisprudencia internacional en virtud de las Empresas Transnacionales (ET) al momento de asumirse si se esta frente a una IED que obedece fundamentalmente a un proceso “ideológico” del Nuevo “Des-Orden” Mundial cuyo argumento central se encuentra en una postura capitalista de corte neoliberal o por el contrario responde mas bien a un enfoque económico de libre mercado establecido sobre los “intereses”.

Ciertamente que esta confrontación es la que origina los conflictos a la hora de crear y recrear el derecho al interior de los Estados en un primer momento y de los bloques de integración en el segundo, lo cual no hace sino plantear que la inversión extranjera directa ha venido para quedarse y una controversia sin los instrumentos legales adecuados es una lucha desigual, siendo evidente la disquisición acerca de si puede comprenderse o es igual al nuevo concepto de desarrollo que dicho sea de paso es la noción que constituye el basamento de la justificación de las normas de privatización y desregulación financieras trazadas a nivel del derecho interno manifestadas como una promoción de la inversión.

Al respecto queda claro sobre todo en el contexto del Nuevo “Des-Orden” Mundial que se vive actualmente que la inversión extranjera directa es nodal para el desarrollo de las economías aunque no lo sean necesariamente para la configuración social de los Estados, ya que es la que genera prácticamente cambios en la estructura social y porque no extender los mismos al ámbito del poder político ya sea local o nacional.

Es en esta lógica entonces, donde la globalización forma parte de las políticas democráticas a partir de la cual se diseñan los lineamientos normativos del orden

interno que intentan convencer que la inversión extranjera es una fiel expresión de la corriente internacional de moda ante la cual deben establecerse los parámetros *pret a porter* para poder adecuarse a los esquemas mundiales, lo cual permite comprender que así como este modelo fundamentalmente económico se instalara en el ámbito internacional no quiere decir que es definitivo, porque así como todo tiene un principio, también tiene un fin, solo se debe esperar que este no arrastre consigo las conquistas políticas y sociales de los últimos años y con ella conduzca hacia la frustración respecto del sistema democrático que aunque funcionalmente cleptocrático, todavía esta vigente.

Pero si se sostiene el debate acerca de si el lineamiento que sigue la IED actualmente corresponde a una lógica ideológica, es claro que no, porque ya no es sino parte de una doctrina globalizadora, o por otra parte debe ser considerado un “interés”, queda en evidencia que si, en tanto admite una posición evidentemente económica.

Al respecto se debe señalar sin embargo que el interés al que hace referencia, ya no tiene relación con los intereses particulares, sociales, públicos o nacionales mencionados y sobreentendidos en las normativas de expropiación y nacionalización, sino mas bien a un nuevo interés emergente de los vínculos interestatales que hoy por hoy se sostienen en el escenario de la sociedad internacional y que sin duda configuran el “**interés transnacional**”, porque después de todo la IE de acuerdo con Graham “ (...) es un ejemplo típico de la desnacionalización del derecho internacional.”¹⁴⁴

Y siguiendo la misma lógica son los TLC y TBI que forman en conjunto los instrumentos legales adecuados para la protección de la inversión extranjera directa (IED) mediante las cláusulas que se consignan como son las de *nación mas favorecida* y *trato nacional* en función de las empresas multinacionales, probablemente este hecho se deba a que según datos de la CEPAL las 100 transnacionales que hay en el Continente representan el 75% del PIB de la región y

¹⁴⁴ Cfr. GRAHAM James, *La Desnacionalización del Derecho Internacional*. Dossier preparado para el Programa Internacional de Doctorado. UANL. Monterrey. 2004. p.129

entonces es lógico que la necesidad de seguridad jurídica se haya convertido en una demanda empresarial de alto nivel mucho mas aun si se considera que este tipo de inversión es el resultado del “continuo proceso de innovación tecnológica y el progreso de las telecomunicaciones (...) –que- ha reducido los costos de transferencia del capital facilitado por el fenómeno de la desregulación, la liberalización del comercio y la creciente integración de las economías nacionales”¹⁴⁵, esto sin duda convierte a las empresas multinacionales en los actores fundamentales del derecho internacional, a pesar que este solo reconoce dos tipos de sujetos como son los Estados (E) y los Organismos Interestatales (OI) y es así que en concordancia con sus objetivos se han planteado mutaciones de figuras jurídicas que promueven esa protección y dan la garantía necesaria, siendo la mas importante en tanto refleja actualmente la influencia de estas empresas la de la expropiación indirecta.

TERCERA PARTE

LA EXPROPIACION INDIRECTA

Después de las dos partes que anteceden en las cuales se ha realizado un análisis exhaustivo de los antecedentes históricos de la figura jurídica primigenia de la Expropiación, y luego su transformación en el escenario normativo internacional bajo fundamentos estrictamente económicos, es que en esta parte se desarrollara la reflexión critica acerca de la mutación –Expropiación Indirecta-, que emerge del hecho de haber asumido una nueva religión mundial (el mercado) y de una nueva declaración universal de derechos (del inversor), implícitamente.

I. LA EXPROPIACION INDIRECTA

Hasta ahora se ha realizado un exhaustivo análisis acerca de los orígenes de la figura primigenia de la expropiación, para luego plantear las razones fundamentales a partir de posturas jurídico-económicas de la mutación que esta ha sufrido en los

¹⁴⁵ V. KARL Joachim, citado por Guido Tawil En: *Los Tratados de promoción y protección Reciproca de inversión y el arbitraje internacional*. Buenos Aires. Editorial La Ley. Sección Doctrina. T. 2000 – D. p. 1106

últimos veinte años. Es por eso que en este punto se hará referencia a esta nueva figura jurídica y para ello se partirá de una definición, luego se estudiará el fundamento de la misma para finalmente revisar el contenido de los TLC y su vínculo con este instituto jurídico.

A. Definición de la Expropiación Indirecta

La expropiación indirecta se entenderá como la anulación de un negocio que prometía ganancia futura basada en el fundamento del interés particular antes que el general, siendo este el carácter principal de la actividad de las Empresas Transnacionales.

Al respecto de este tema Arroyo entiende esta figura como “cualquier medida gubernamental que tenga como resultado disminuir la ganancia esperada”¹⁴⁶ mientras que para las ONG norteamericanas esta emerge cuando dicha acción gubernamental “(...) es considerada por un tribunal como expropiación indirecta del valor de una inversión extranjera directa de una compañía multinacional o si tiene un efecto equivalente”¹⁴⁷ de ambas definiciones se infiere que esta institución jurídica permite pues a las inversiones extranjeras plantear “afectación” de intereses o de sus potenciales ganancias “(...) por la puesta en práctica de una política pública o decisión del Estado; y además se provee a las empresas extranjeras de un mecanismo efectivo para la resolución de controversias: tribunales supranacionales constituidos por árbitros privados (...)”¹⁴⁸. Porque según el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) “existe privación de la propiedad (...) cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalente (...). La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quien detente la titularidad de los bienes afectados por las medida”¹⁴⁹

¹⁴⁶ Cfr. ARROYO Alberto. En : *La inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio*. [Internet] www.ricalca.or.co/AAforoespejismo 10:19 2 de diciembre de 2005

¹⁴⁷ V. ESTADOS UNIDOS, *Carta de ONG's a Parlamentarios Andinos*. 13 de septiembre de 2004 p.2

¹⁴⁸ RUIZ Hugo, *Los tratados sobre promoción y protección de las inversiones y la Republica Bolivariana de Venezuela: los riesgos de hipotecar el desarrollo económico, la revolución bolivariana y la democracia participativa*. 23 de mayo de 2005. [Internet] www.cadtm.org artículos. 10:14 a.m. 2 de diciembre de 2005

¹⁴⁹ V. CIADI, *Técnicas Medio ambientales*. TECMED p.118

Ante las acepciones planteadas es evidente que la noción de “expropiación indirecta” prácticamente no contiene una precisión jurídica, ya que bajo esta figura la ineludible protección de la inversión extranjera se da en relación con medidas que dictadas desde el Estado tienden fundamentalmente a la protección del interés general en detrimento del interés transnacional, convirtiéndose a partir de ello en una fórmula que invierte el principio de regulación de los poderes públicos de los Estados para convertirlo en un “principio de interdicción” ya que prácticamente transfiere a éstos (Estados) la tarea de demostrar ante un tribunal extranjero ad-hoc la finalidad de sus propias políticas y normas jurídicas.

Sin duda la expropiación indirecta de acuerdo con las anteriores definiciones implica que las leyes, reglamentos, y fallos del orden jurídico interno de un Estado, emergentes del Poder Judicial del mismo que afecten con su espíritu o contenido ya sea directa o indirectamente el valor de una determinada inversión realizada por una empresa transnacional pueda ser considerada dentro esta figura, lo cual no hace sino demostrar el estrecho margen de maniobra de los gobiernos en la práctica reguladora, mucho más si a este hecho va unida el concepto de indemnización que de alguna forma afecta al TGN de los países y con ello al presupuesto de inversión social.

En este sentido según Ruiz “si bien el sentido formal de la expropiación importa la apropiación por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares inversores a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, los términos también cubren situaciones que constituyen una expropiación de *facto* cuando la acción de los poderes públicos producen efectos que conllevan “expropiación” o la “nacionalización””¹⁵⁰ de esta afirmación se infiere la existencia explícita de una prohibición de llevar adelante este tipo de acciones por parte del Estado si este no quiere enfrentar una costosa demanda internacional, lo cual no hace sino limitar el ejercicio de las competencias del poder público. Entonces la inclusión y conservación de esta figura en los instrumentos legales internacionales y

¹⁵⁰ Cfr. RUIZ Hugo, *TPPI: Pistas de reflexión sobre alternativas en vistas a las necesidades del desarrollo económico social de los pueblos*. 17 de agosto de 2005 [Internet] www.cadtm.org 10:20 a.m. 2 de diciembre de 2005

de la interpretación y aplicación por los Tribunales Arbitrales Internacionales que sientan una jurisprudencia internacional convirtiendo a este hecho en una “regla” y la acción asumida por los poderes públicos de regulación interna en una “excepción”, toda vez que la obligación fundamental de las medidas en un primer momento y luego de las decisiones que involucran los laudos no son sino la protección de la inversión extranjera directa.

Uno de los ejemplos mas palpables de esta figura de la expropiación indirecta son los efectos que han generado en el diseño de la política económica desplegada por el gobierno argentino a través de la devaluación de sus inversiones por la pesificación, medida que condujo además de la eliminación de las indexaciones, cuyo resultado se manifiesta en las demandas internacionales argumentadas bajo este tipo de figura jurídica por un monto aproximado de 16.000 millones de dólares americanos por ante el CIADI.

B. Acerca del Fundamento de la Expropiación Indirecta

Una vez definida la expropiación indirecta se hace necesario reconocer los fundamentos sobre los cuales se sostiene la misma y en este sentido se plantearan los mismos desde dos parámetros: el primero que admite el fundamento jurídico, el segundo tiene que ver con el filosófico y el tercero desde una visión eminentemente económica.

B.1 Fundamento jurídico: “interés transnacional”

La figura jurídica a la que se hace referencia tiene que ver con la expropiación indirecta promovida por los Tratados de Libre Comercio (TLC), así como por los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los mismos que tienen como objetivo evitar que las regulaciones internas de los estados afecten los intereses de las empresas transnacionales manifestadas en lo que ellas denominan como “ganancias futuras”.

Este hecho no hace sino limitar la soberanía de los propios estados no por una lógica de autodeterminación, sino mas bien por un comportamiento de sometimiento a las disposiciones contenidas en un instrumento legal de carácter internacional que parecieran consolidarse en los actos unilaterales que implican no solo la creación de obligatoriedad, sino que también implícitamente establece un nivel de pérdida de derechos entre los Estados, lo cierto es que si bien dicha figura tiene sus antecedentes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), cuyas disposiciones acerca de este tema se encuentran consignadas en el controvertido Capitulo XI, que actualmente se ha constituido en un modelo normativo de la protección a la IED.

Es evidente que si se habla de la expropiación indirecta, es de una figura que interpretada desde la nueva definición absoluta y abstracta de “propiedad” que no solo incluye cosas, sino que también involucra ganancias futuras, y cuya aplicación conlleva de alguna forma la interpelación de los procesos de regionalización o bien su condicionamiento, lo cierto es que esta actitud implica a todas luces un atentado contra la seguridad de los Estados, es en este sentido que no se puede hablar de una compatibilidad de criterios entre uno y otros, siendo necesario que la interpretación considere estos elementos, antes de la administración de justicia desde los Tribunales Arbitrales que en estos casos se han convertido en “sistemas privados de justicia”, donde el principio de la publicidad ha desaparecido.

Es posible entonces detectar que el estado del problema como afirmaba Smith se vincula con la “carencia, la necesidad, el conflicto, bloqueo e indeterminación”¹⁵¹ porque a diferencia de la figura de la expropiación originalmente planteada en los ordenamientos jurídicos nacionales el fundamento jurídico de la expropiación indirecta se encuentra en el “interés general” cuando es aplicado por el Estado en virtud principalmente del bienestar común de una determinada sociedad, cuyo argumento va dado por la salud, el medio ambiente entre otros temas de relevancia mediante una regulación específica a partir de lo cual es evidente que los intereses económicos transnacionales se verán afectados de alguna forma. Estos intereses “afectados” a los que se hace referencia y que jurídicamente se tenían que ver

¹⁵¹ Cfr. SMITH Cintia, MORALES Lorena, *Agenda de la Prensa Estadounidense a 10 años del TLCAN: Un estudio de Casos de México y Canadá*. 2004

originalmente con bienes inmuebles y muebles, involucran en el escenario internacional además los derechos que se tienen sobre “potenciales ganancias”, y es en razón de ello que la institución jurídica de la expropiación ha mutado hacia la “expropiación indirecta”

Otro de los elementos que vale la pena señalar en cuanto se refiere a la estructuración de este fundamento de la expropiación indirecta es que esta no tiene nada que ver con una compra-venta forzosa como la figura primaria de la “expropiación”, sino que al darse en un contexto económico y jurídico diferente porque se trata funcionalmente de la aplicación de normativas internacionales a capitales extranjeros es que se traduce en un “**interés transnacional**” que ciertamente se encuentra en confrontación con los “**intereses nacionales**” de un Estado, que es hasta donde llega la expresión de la institución expropiatoria concebida en las distintas normas del derecho interno, es por eso que a diferencia de los distintos intereses que convergen en la solución de tramites de expropiación generalmente dentro el derecho interno, estos no admiten la participación de un tribunal interno sino internacional, debido a su naturaleza.

La generación de un “**interés transnacional**” cabe indicar que es una concepción nueva, producto del mundo globalizado que se vive y por ende del modelo económico empleado durante los últimos años en la mayoría de los países, como expresión del libre comercio que no se trata solamente de un tránsito libre de mercancías, sino que involucra una serie de medidas cuyo fin es la protección y garantía de la inversión extranjera que tienen su justificación en un armazón de las teorías económicas, lo cual se ha traducido en medidas de privatización y/o capitalización. Estos aspectos unidos al concepto de supranacionalidad cobran en este caso inusual sentido ya que se concibe en los parámetros actuales de un mundo globalizado como uno de los factores que hace posible la transformación normativa.

Por otra parte cabe indicar que la figura ha sido forzada a mutar a fin de promover mayor seguridad en torno al derecho propietario ya que dentro de una economía de mercado la propiedad privada es fundamental, porque juega un papel básico en

cuanto se constituye en la garantía del desarrollo de un Estado, pero esos derechos deberán ser regulados por el gobierno sobre todo en cuanto se refiere a procesos que dan lugar a privatizaciones que son figuras que transforman el derecho propietario al ser transferidos los del Estado a las Empresas Nacionales o Extranjeras. Sobre todo en un contexto donde las asimetrías económicas, los movimientos sociales y la ingobernabilidad política forman parte de los principios de una ética de la incertidumbre y donde parece que la expropiación indirecta se ha convertido en la medida de Mandrake de la inversión extranjera.

Los alcances jurídicos del problema ya planteado, no hacen sino demostrar el alto nivel de peligrosidad de la interpretación de que es objeto actualmente el termino de expropiación de propiedad, mismo que se concibe en el espectro de “ganancias actuales y futuras”, emergentes de la construcción de esos “nuevos derechos” de las transnacionales que bajo este argumento y esta nueva definición de propiedad considerado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos civiles como uno de los conceptos mas absolutos, ya que consiste genéricamente en el derecho o facultad de poseer una cosa y poder disponer de ella dentro de los limites legales, que en este caso ya no es ni el cielo, toda vez que esta se concibe a partir de un privilegio de “ilimitación”.

Porque la interpretación desde la figura de la expropiación indirecta admite los matices de una lectura multidimensional, en virtud de ser una institución jurídica que se ha introducido hace muy poco y que ha resultado en consecuencias que afectan distintos ámbitos de la vida humana, ya que generalmente el problema que da origen a la demanda que invoca esta figura tiene mas de un matiz, entre ellos se pueden mencionar por ejemplo, la salud de la población, el medioambiente, el intercambio comercial que redundando en lo económico desde los distintos espacios de producción, distribución y comercialización que directa o indirectamente generan fuentes laborales, derivando entonces en conflictos para la seguridad del Estado debido al estrechamiento que implica en las regulaciones y control internos, promoviendo a su vez la emergencia de problemas en las relaciones interestatales donde por la naturaleza de este es posible advertir una contradicción con los principios del derecho de integración, entonces resulta evidente que no se puede considerar la

interpretación del derecho contenido en los Tratados de Libre Comercio, fundamentalmente en cuanto se refiere a la expropiación indirecta desde una sola perspectiva, porque ese sería un craso error.

B.2 Fundamento filosófico: “interpretación”

Para comprender mejor el fundamento filosófico en el que sustenta la institución expropiatoria contenida en los Instrumentos Internacionales sirve muy bien la *teoría de la acción comunicativa* que es el centro de la obra de Facticidad y Validez de Jürgen Habermas a partir de la cual la interpretación de la figura de la expropiación indirecta en el contexto del derecho internacional privado y del derecho de integración se puede entender en los parámetros que consideran al derecho como una categoría de mediación social que se construye y deviene de un sistema de comunicación, es decir del lenguaje.

En este sentido es importante reconocer sobre todo en este tema los diferentes niveles de lenguaje que forman parte de este proceso, entendiendo como primer punto los fines del derecho –bien común, seguridad y justicia –, los principios del derecho de integración – reciprocidad, solidaridad, progresividad, igualdad –, y finalmente los de inversión - competencia y protección – todos ellos coadyuvando en su momento a la intención del contenido que una vez elaborado admite un interpretación.

Sin embargo esta interpretación admite también otros sesgos como son la consideración de una noción de soberanía interna y de una supranacionalidad en cuanto a lo externo, fundamentalmente porque en virtud de este último se delega parte de la soberanía en cuanto se refiere a las decisiones económicas y en algunos casos culturales y sociales.

Aunque Habermas considera que la soberanía queda “enterrada” ante las Corporaciones socialmente poderosas no necesariamente es cierto siempre y cuando estas no participen del poder público, y aun así es muy impreciso adjetivar de esta forma la soberanía, pues esta radica en el pueblo y no puede ser sometida

al extremo de la extinción, de lo que si se puede hablar es de un debilitamiento. Por otra parte también si no se quiere admitir este termino, bien se puede definir como una "domesticación", toda vez que las empresas transnacionales que de acuerdo con la teoría general generan fuentes de trabajo directos e indirectos y que por tanto contribuyen a la lucha contra la pobreza requiere del Estado una protección a la inversión realizada.

En este contexto en el que se encuentran en pugna tanto los intereses nacionales y los de la multinacional, que no necesariamente representa a otro estado, sino sus propios intereses dispersos por el mundo entero es evidente que la previsión frente a los riesgos que provoca el uso de alta tecnología están determinando conductas específicas debido a los grandes tópicos de hoy. Y es que los Estados involucrados en los Tratados de Libre Comercio con estas características no solo pretenden desde un Estado de derecho otorgar determinadas garantías, sino que en los últimos años esta tendencia se ha visto reflejada debido a los casos emergentes de la expropiación indirecta en la construcción de los Estados de seguridad antes que social o de derecho. Aunque haya sido este ultimo el que deviene de conductos legítimos, donde intervienen procedimientos y donde la acción comunicativa a través del discurso es más evidente que nunca.

A estas alturas ya es claro que existen distintos niveles de lenguaje, los primeros que corresponden a la lectura interna que se origina en la relación del Estado con la sociedad civil a través de la Constitución, los segundos a una sociedad internacional cuyo eje viene dándose a través de los Tratados internacionales y otros instrumentos legales de igual condición. Entonces la interpretación no solo admite estos dos contextos, sino que además los diferentes niveles de decisión que existen y que dan lugar a una policentricidad sobre todo en los procesos de integración que contienen a los Consejos de Presidentes, de Ministros, Comisiones y Tribunales de Justicia, pero también por otra parte cuando se suscriben Tratados Internacionales también se admite la posibilidad de conflicto y ante ello se establece el derecho de concurrir ante los Tribunales Especiales de Arbitraje Internacional.

Por otra parte las formas de comunicación a través de las cuales se da la interpretación del derecho que se invoca guardan relación con una consigna que

tiene que ver de acuerdo con Habermas con el redescubrimiento del individuo, es decir con el reestablecimiento de una autonomía privada, sin embargo la realidad plantea que este pasa por la construcción de un proyecto de un Estado donde el sistema económico al igual que la soberanía ha sido domesticado a través de las reestructuraciones sociales, pero que sin duda han servido a su vez para reconectar a este con el poder comunicativo a que se refiere el autor y esto solo desde un contexto legítimo.

La interpretación deviene entonces de un sistema de derechos emergentes de sociedades complejas cuya caracterización actualmente lo es mucho más. Esto resulta aun mas problemático si se parte de la idea de que los derechos son relaciones y no cosas, por tanto son reglas institucionalmente difundidas a través de la acción comunicativa desde lo cual puede comprenderse que lo específico es que puede hacer en un primer caso una persona con otra, y en el caso del derecho internacional un Estado con otro u otros, toda vez que este es el sujeto.

En este sentido se hace necesario abordar la disyuntiva que parece cuestionar la interrelación entre el derecho interno y el derecho internacional en virtud de la prioridad de uno sobre el otro, lo cual como ya se dijo la mayor parte de las veces atrae susceptibilidad que se plasma a través de los distintos movimientos sociales internos o de las presiones internacionales; asimismo es preciso analizar la policentricidad como uno de los elementos nodales en la construcción de espacios regionales, como del sistema jurídico en este caso el Common Law, la figura jurídica en cuestionamiento como es la expropiación indirecta, toda vez que la misma admite una lectura multidimensional. Ya que la policentricidad es una noción muy importante en los procesos de integración fundamentalmente porque son los que reconocen los diferentes niveles de decisión internos en cada uno de ellos, que coexisten en virtud de la multidimensionalidad de los problemas emergentes, y donde es mas patente cada día la necesidad de un manejo transdisciplinar.

Esta policentricidad a la se hace referencia, es una característica de construcción y deconstrucción de las relaciones entre los Estados a partir de las interpretaciones y de la posterior aplicación del derecho, toda vez que es ahí donde se plasma una jerarquía de normas que tienden a resolver a través de la interpretación no solo las

antinomias, sino también las lagunas en tan particular circunstancia, pues no existe un solo ordenamiento jurídico, sino que varios de ellos han sido conjugados bajo un Tratado, pero a su vez existen resoluciones y convenios ante los cuales debe procederse al reenvío. Es por eso que en cuanto a la interpretación normativa esta se da a través de la figura de un Tribunal Especial de Arbitraje, o de los llamados Tribunales de Justicia o Cortes, en virtud de lo cual la aplicación se realiza a través de los laudos, fallos o resoluciones emergentes de estos.

Es evidente entonces que lo que resulte de este procedimiento lograra nuevos mandatos y los anteriores se retroalimentaran de estos, lo cual promoverá a su vez nuevas interpretaciones y por lo tanto conducirá a nuevas conductas, en un contexto donde aun conviven la “Teoría de la marginalidad” vs. la “Teoría de la transnacionalización” como parte de la dicotomía del siglo XXI, y desde donde es visible como nunca una crisis de identidad.

Esta interpretación a la que se hace referencia parte de dos nociones fundamentalmente filosóficas como son los principios de lo “justo” y lo “equitativo” que esta vinculado ineludiblemente al respeto que los estados deben mantener entre si y por ende a los pactos suscritos, en razón de la igualdad esencial que deviene de los derechos que tienen éstos ante la comunidad internacional y que según Basave uno de ellos viene siendo el “derecho estatal a la protección de sus ciudadanos y de sus propiedades en el extranjero”¹⁵² quizá sea a partir de esta concepción que se entienda que la figura de la expropiación indirecta no representa ningún atentado contra los procesos de construcción integradora, o la seguridad nacional y mucho menos entonces como un afectación latente a la economía de los países latinoamericanos cuyos TLC contienen este tipo de medidas o equivalentes a la mismas, es por ello que hablar del **Tratamiento justo y equitativo**, es referirse a una definición poco precisa, tan amplia que cabe casi todo y que si se logra entender en su verdadera dimensión no constituye sino un estándar que no esta relacionado con una determinada legislación interna del Estado anfitrión (receptor de la inversión) sino que su emergencia es adicional a la interpretación del Tratado y por consecuencia de todas las disposiciones vinculadas a la inversión. En este

¹⁵² Cfr. BASAVE Agustín, *Filosofía del Derecho*. México. Editorial Porrúa. 1º Edición. 2001. p.795

sentido prácticamente todos los TLC basan su estructura y argumento en esta línea, así se pueden indicar el TLCAN, el TLC Canadá-Chile, entre otros.

Este tipo de cláusulas insertas en los TBI y los TLC devienen como consecuencia de la costumbre internacional ya que depende de un accionar basado en la subjetividad de los sujetos del derecho internacional, los cuales no pueden enmarcarse en su idiosincrasia sino en los parámetros fijados por los principios y normas imperativas del DI. En este sentido dicho tratamiento justo y equitativo se traduce en dos figuras de índole jurídico, pero que sin embargo no deja de expresar el fundamento filosófico en el que sustenta la expropiación indirecta y que tiene que ver con el a) trato nacional y el b) trato a la nación mas favorecida.

B.2.1 Trato nacional

En cuanto a este punto se debe precisar que este persigue que un país otorgue a los inversionistas extranjeros un trato comparable al que se da a los inversionistas nacionales que operan dentro de su territorio. Es así como se encuentra plasmado en el TLC suscrito entre México y Bolivia que textualmente señala que: “Cada Parte brindará a los inversionistas de la otra Parte y a las inversiones de inversionistas de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas. (Artículo 15-03(1))”¹⁵³, así como también se consigna con iguales términos en el TLC que suscribiera México con Costa Rica (art.13-03), aunque también es evidente que la comprensión de la misma se ha visto planteada con sus diversos matices en el TLC Chile-Canadá, toda vez que indica que: Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones. (Artículo G-02(1)) así como también se halla inserta en el art. 1102 del TLCAN.

Se debe admitir entonces, que esta cláusula que consiste en que los inversores deben recibir igual tratamiento que los nacionales del país receptor, basado en un principio de “no discriminación”, toda vez que se comprende que la relación

¹⁵³ V. BOLIVIA-MEXICO, Art. 15-03 del TLC ob. cit.

sostenida entre el estado y el inversor, sea este un Estado o un particular, se enmarca en una lógica de igualdad de condiciones para ambas partes. Sin embargo cabe indicar también que estas cláusulas pueden establecer limitaciones, mismas que podrán encontrarse consignadas en el contenido de los TBI y los TLC, o en algunos casos también se admite que puedan estar en documentos considerados como anexos del principal.

B.2.2 Trato de la nación mas favorecida

Este es el segundo aspecto que deviene del trato justo y equitativo e implica principalmente según la OMC que “(...) un país (receptor de la inversión) debe conceder a los inversionistas del otro país el mismo trato que otorga a los inversionistas de cualquier otro país en casos similares. La cláusula de nación mas favorecida inhabilita un país a establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales, de tal forma que si se llegasen a aumentar los beneficios que este otorga a un determinado país tendrá que dar ese “mejor” trato a sus demás interlocutores comerciales de modo que todos sigan siendo “mas favorecidos”¹⁵⁴

Esta cláusula que en si misma es de carácter complementario y en lo que respecta a los TLC consiste básicamente en que el Estado receptor se obliga a otorgar al inversor extranjero un trato no menos favorable que aquel otorgado a inversores de terceros países, a partir de lo cual se construyen las normas necesarias para la consecución de objetivos que vienen dados principalmente por mejorar los niveles de IED en un país. Y es al igual que en el caso anterior del trato nacional que en este caso el trato mas favorable es solicitado en el TLC Canadá-Chile no solo para las inversiones, sino también para los inversionistas y en esta línea desarrolla además una serie de aspectos que dotaran de certeza a este trato por ambas partes.¹⁵⁵ Esta cláusula se encuentra contenida en el art.1103 del emblemático

¹⁵⁴ V. OMC, *El Comercio hacia el futuro*. OMC, 1ª Edición. 1990.p.5

¹⁵⁵ Para mayor certeza, ninguna Parte podrá: (a) imponer a un inversionista de la otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaría en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones exigidas nominalmente para directivos o miembros fundadores de sociedades; o (b) requerir que un inversionista de la otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en el territorio de una Parte. (Artículo G-02(4)). Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte y

Capítulo 11 del NAFTA y es a partir de este y de la anterior concepción (trato nacional) que se crea la noción de nivel de trato (art.1104) y nivel mínimo de trato (art. 1105) que son la garantía de que estos dos conceptos se aplicaran de acorde con las disposiciones y principios del derecho internacional.

B.3 Fundamento económico: “ganancias futuras”

Cuando se trata de establecer los parámetros de una fundamentación de la figura jurídica de la expropiación contenida en los TLC es evidente que la misma adquiere para estos fines desde la perspectiva económica aquella que plantea la teoría del libre mercado, cuya filosofía inicial se basa en la utopía de las “pequeñas mejoras en el marco de sociedades abiertas” según algunos economistas, siendo su objetivo central la consecución de un menor gobierno, para lograr con ello dotar de mayores espacios y oportunidades de desarrollo a los individuos, aunque para esto no importe generalmente la existencia de desigualdad en cuanto a la detención de la propiedad privada, ámbito en el cual como nunca la oferta y la demanda pretenden conseguir un equilibrio económico a partir de las acciones desarrolladas por lo que muchos economistas han denominado a esto como la “mano invisible” que en la mayoría de los casos viene a través del diseño y las expectativas de las grandes empresas multinacionales que son las que en definitiva condicionan las transformaciones económicas y normativas al interior de los Estados mediante una política de inversiones.

En este sentido, el neoliberalismo de los últimos años que comprende la economía de mercado como uno de los instrumentos más importantes se ha traducido en esa dimensión en los diferentes tratados internacionales a partir de una política que pretende desarrollar sobre todo zonas de libre comercio y en esa lógica se han introducido ese interés primario de poder regular el mercado al interior de los

a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos G-02 y G-03. (Artículo G-04(1)). El Anexo G-04.2 establece algunas obligaciones específicas para la Parte, indicada en ese Anexo. (Artículo G-04(2)). /Chile otorgará a un inversionista de Canadá o a una inversión de tal inversionista que sea parte de un contrato de inversión celebrado de acuerdo al Decreto Ley 600 de 1974, el mejor trato entre el exigido por este Tratado o el otorgado por el contrato, de acuerdo a ese Decreto Ley. (Anexo G-04.2(1))./Chile permitirá a un inversionista de Canadá o a una inversión de tal inversionista, a los que hace referencia el párrafo 1, modificar el contrato de inversión a fin de reflejar los derechos y obligaciones de este Tratado. (Anexo G-04.2(2)) Vid. CHILE-CANADA Artículos G-02, G-03, G-04 del *Tratado de Libre Comercio* ob. cit.

Estados, esta vez hacia fuera en un marco global a través de la competencia y los monopolios de productos y servicios.

Pero, ante la posible vulneración de estos intereses a partir del contexto de las regulaciones internas que pretenden proteger la economía de un Estado, la salud del pueblo o el medio ambiente y que con ese hecho no se consiga sino impedir el logro de metas económicas fijadas por las empresas transnacionales desde la inversión realizada y que se conocen también como “ganancias futuras” es que se han promovido medidas de indemnización que por su naturaleza logran resarcir los daños emergentes de dichas regulaciones o políticas económicas asumidas en ese sentido. Aunque es evidente que este hecho plantea la existencia de un sistema de Estado de Derecho sin reglas o con la existencia de estas en función solo de los intereses de empresas multinacionales.

Al respecto, es importante indicar que la economía global ha planteado la imposibilidad de un fracaso económico para las empresas transnacionales desde la inclusión de los Capítulos de Inversión en los distintos instrumentos internacionales, a partir de la inclusión de la figura jurídica de la expropiación indirecta considerado el mecanismo de protección y garantía de los intereses de las ET, mas importante, habiéndole dotado de un fundamento a partir del cual los Estados han sido limitados en su atribución interna de autorregulación, toda vez que las “ganancias futuras” forman parte de la nueva estructura.

Estos elementos no han hecho sino demostrar que la potencialidad de desarrollo económico es viable para las empresas multinacionales, aun en circunstancias que pudieran ser desventajosas para el Estado, ya que a pesar de todo, éste debe proteger la misma con medidas legales que favorezcan la inversión ya que de lo contrario significaría un acto discriminatorio y por ende sujeto a indemnización.

La figura de la indemnización esta contemplada en los diferentes Tratados de Libre Comercio (TLC), de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), de los Acuerdos de Promoción y Protección Reciproca de la Inversión (APPRI) entre otros, lo cual no hace sino establecer los conductos de aplicación de la figura de “ganancia futura” que en el derecho interno de los estados es muy similar a la del lucro cesante, pero

que en el contexto internacional admite mayor importancia en tanto sus efectos se relacionan con la concepción de un Estado de Derecho en continuo proceso de construcción y deconstrucción por los ineludibles sistemas de ingobernabilidad de los últimos años, así como también es evidente que afecta a los procesos de consolidación integradora a partir de la vulnerabilidad de los vínculos interestatales.

En este sentido es claro que la expropiación indirecta no solo admite fundamentos jurídicos y filosóficos, sino también y fundamentalmente económicos, dado que es este el espectro del que deviene, en el que se aplica y donde se consolida sin importar que sus efectos afecten los intereses nacionales o internacionales de los Estados o de la sociedad internacional, siempre y cuando estén vinculados a la competencia y por ende a la consecución de ganancias.

C. La Expropiación Indirecta en los Tratados de Libre Comercio (TLC)

La multiplicidad de Estados que conforman la sociedad internacional del siglo XXI plantea la necesidad de establecer regulaciones que promuevan un mejor relacionamiento entre estos a fin de que dicha pluralidad jurídica emergente de la tradición de cada uno de ellos converja de forma sino uniforme, si coincidente en cuanto a los principios que determinan los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de las comunidades soberanas.

Pero, también la evolución tecnológica de los últimos cincuenta años ha condicionado y lo sigue haciendo de forma tangible el diseño del modelo económico predominante, el mismo que a través de sus distintas tendencias ha logrado influir en las asimétricas economías de los países latinoamericanos, reflejándose en la necesidad no solo de dotar de seguridad al derecho propietario frente a una constante deconstrucción de la voluntad popular, cuya consecuencia lógica ha sido la constante ingobernabilidad, lo cual se ha traducido hacia los instrumentos internacionales, con el objetivo de lograr una certificación de la madurez y confianza de un Estado para ser receptor de la inversión extranjera directa, que de acuerdo con la doctrina del nuevo siglo tiene que ver con el desarrollo.

Son estos aspectos los que han planteado los lineamientos principales en torno a esta “necesidad”, la misma que halló en los Tratados de Libre Comercio el instrumento adecuado para llevar adelante esta tarea, y por eso no es de extrañar que el antecedente más próximo en este sentido sea el NAFTA. A partir del cual la suscripción de este tipo de Tratados de Libre Comercio (TLC) ha ido en aumento a nivel continental existiendo en la actualidad varios de estos según se indicaron en el Capítulo I¹⁵⁶.

De lo anterior se infiere que no es más que el resultado de la estructuración de una lógica económica importante a partir de la inclusión de figuras constituyen la protección y garantía de la inversión extranjera como es la expropiación indirecta cuyo origen se remonta a la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA) entre Canadá, Estados Unidos y México el 17 de diciembre de 1992, el mismo que entró en vigencia recién el 1º de enero de 1994, convirtiéndose desde entonces en el modelo de la nueva tendencia que admitieron las relaciones interestatales, fundamentalmente bilaterales a partir de entonces, ya que luego se vio un incremento de otro tipo de acuerdos que adoptaron el contenido principal de estos, sobre todo en torno a la inversión extranjera bajo la justificación de la “stabilization clause”.

En este sentido, la figura de la expropiación indirecta se halla inserta en los capítulos de los TLC como parte de la doctrina del modelo económico vigente, así por ejemplo se consigna en el Capítulo XI del NAFTA, Art.1110 señala la prohibición de expropiar cuando afirma que: “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.”¹⁵⁷ De igual forma en este mismo sentido e igual redacción se encuentran los art. 15-09 del Capítulo XV del TLC suscrito entre México y Bolivia, o el art. 17-08 del Capítulo XVII

¹⁵⁶ Ut supra, p. 80

¹⁵⁷ Es la redacción del artículo modelo para la protección y garantía de la inversión extranjera directa contenida en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, suscrita en 1994. CANADA-ESTADOS UNIDOS-MEXICO, TLCAN/NAFTA, Diciembre de 1992

del TLC celebrado entre Costa Rica y México, o la Cuarta Parte del Tratado perteneciente a esta categoría llevado cabo entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica el 17 de abril de 1998 en reemplazo del Acuerdo de Complementación Económica N° 17, que fuera suscrito en México el 22 de septiembre de 1991. Es así que los instrumentos legales de este tipo suscritos por diferentes países en una lógica globalizadora son:

CUADRO II. 4

LAS CONDICIONES DE LA INVERSION Y LA EXPROPIACION EN LOS TLC

TRATADOS	CONDICIONES DE LA INVERSION	LA EXPROPIACION EN LOS TLC
BOLIVIA		
Bolivia – México	CAPITULO 15	ART. 15 – 09
CANADA		
Canadá – Chile	CAPITULO G	ART. G – 10
Canadá – Costa Rica	ART. 10	NO POSEE DISPOSICION
CARIBE		
CARICOM – Republica Dominicana	CAPITULO X	ART. X.06
CENTROAMERICA		
Centroamérica – Chile	CAPITULO X	NO POSEE DISPOSICION
CAFTA – EE.UU. – RD (El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Honduras, Costa rica, Rep. Dominicana y Estados Unidos)	CAPITULO X	ART. 10.07
Centroamérica – Panamá	CAPITULO X	ART.10.11
Centroamérica – Republica Dominicana	CAPITULO IX	ART. 9.11
CHILE		
Chile – Estados Unidos		
Chile – México	CAPITULO 9	ART. 9.11
COSTA RICA		
Costa Rica – México	CAPITULO XIII	ART. 13 – 10
ESTADOS UNIDOS		
NAFTA (Canadá, México y Estados Unidos)	CAPITULO XI	ART. 11-10
MEXICO		
Grupo de los Tres (México, Colombia y Venezuela)	CAPITULO XVII	ART 17.08
México – Nicaragua	CAPITULO XVI	ART.16.09
México – Triangulo del Norte (El Salvador, Guatemala,	CAPITULO XIV	ART.14.11

<i>Honduras, y México)</i>		
México – Uruguay	CAPITULO XIII	ART.13.11

Fuente: Elaboración Propia

cuya vigencia probablemente se debe a que para la mayor parte de estos países el TLC constituye un instrumento eficaz, toda vez que el fundamento jurídico en el cual descansa la piedra angular del acto expropiatorio indirecto contenida en estos es el “interés general” comprendido como el “interés transnacional” y es en esta dimensión que es ejercida a partir de la interpretación de que es objeto que plantean claramente un problema diferencial en los niveles de lenguaje normativo si se entienden estos en los parámetros nacionales e internacionales como ya se menciono anteriormente.

C.1 Las condiciones de la expropiación indirecta

Por otra parte, se debe indicar también que la figura de la expropiación indirecta contenida en los diferentes TLC, TBI y APPRI suscritos por los países dentro de una lógica fundamentalmente de promoción y afianzamiento de un relacionamiento y un intercambio bilateral y en algunos casos trilateral es que convergen de forma inequívoca dos condiciones: la primera de ellas tiene que ver con el fundamento del acto expropiatorio per se como es el de la utilidad pública, que se halla presente bajo las nociones de “interés nacional”, “uso público” “interés social”, “beneficio público” y “seguridad nacional” en algunos casos.

La segunda condición tiene que ver con la ***No discriminación***, ya que en todos los instrumentos legales (TLC) se prohíbe explícitamente la discriminación contra las inversiones de los inversionistas que pertenezcan al otro Estado que no sea el receptor sobre todo en cuanto se refiere al derecho propietario sobre bienes muebles, inmuebles o de posibles ganancias futuras. Este hecho es visible en el contenido de los referidos cuerpos legales a través de los términos “no razonable”, “injustificada”, “arbitraria” que van unidas al concepto de discriminación.

Estas condiciones se encuentran expresadas por ejemplo en el TLC suscrito entre Bolivia y México en el art. 15-09 cuando dice: “Ninguna Parte podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente una inversión (...) salvo que sea: a) por causa de interés nacional o utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; (...)”¹⁵⁸, así como el suscrito entre México y Costa Rica o bien el TLC celebrado entre Chile y Canadá (art. G-10 a) y b)), todos ellos con contenido similar, lo cual no hace sino reflejar que estos elementos se encuentran consignados como el argumento principal del que hecha mano el inversor a la hora de plantear los límites a la función reguladora del estado en función de sus intereses empresariales.

C.2 Sobre el procedimiento

A diferencia de la figura original de la expropiación cuyo acto obedece a los procedimientos de un determinado orden jurídico nacional el de la expropiación indirecta por su naturaleza de ser una institución fundamentalmente originada en las normas de protección a la inversión extranjera en un escenario internacional se da bajo los parámetros de lo que en algún momento Habermas denominaba como la “transdisciplinariedad”. Ya que si bien en los pasos de redacción del instrumento legal participan el cuerpo diplomático, y muchos de los que se involucran en alguno de los casos son de distintas profesiones, lo cual aporta una perspectiva interesante a la hora de calcular no solo los posibles riesgos y conflictos, sino también los impactos y a partir de ello diseñar una estrategia¹⁵⁹ que debe ser incluida en el documento principal.

En este sentido la conformación de los tribunales que interpretan en un primer momento y que luego aplican el derecho en materia internacional, requiere de una participación de expertos en un determinado rubro, razón por la cual los procesos admiten un carácter transdisciplinar en virtud de los análisis que requieren de la participación de numerosos profesionales, permitiendo a esta instancia asumir mediante informes una decisión.

¹⁵⁸ V. BOLIVIA-MEXICO, Art. 15-09 del *Tratado de Libre Comercio*, ob. cit.

¹⁵⁹ En la postura habermasiana el concepto de acción comunicativa se contrapone a la de acción estratégica a partir de la influencia que supuestamente esta ejercería sobre otro a través de la amenaza de sanciones o de la promesa de gratificaciones.

Sin embargo, es preciso aclarar que el laudo arbitral emitido por estos Tribunales constituye un mandato con sentido, toda vez que los componentes de la misma son elegidos de acuerdo con la naturaleza del conflicto por cada una de las partes ya sea este Estado o Empresa, hecho que no necesariamente condiciona sino a las pruebas, lo cual se advierte de forma muy clara en los fallos de casos bajo la figura jurídica de la expropiación indirecta demandados bajo el Capítulo 11 del NAFTA.

Esta característica no es nueva pues ha sido observada y discutida por muchos autores entre ellos el supra mencionado (Habermas), quien en su teoría de la acción comunicativa, al reconocer varios niveles de lenguaje, reconoce implícitamente la necesidad de lo fáctico a través de un análisis que involucre la participación de diversas disciplinas, aunque lo más importante viene dado por el sistema regulador que se convierte a través de su validez en una categoría de mediación social.

Este procedimiento arbitral internacional se enmarca en los parámetros planteados para ello por el CIADI o el CNUDMI bajo cuyo paraguas se han llevado adelante numerosos casos emergentes de los TLC, casos tan emblemáticos como los que se han dado en los escenarios canadienses, norteamericanos y mexicanos y que sin duda han marcado los lineamientos de una jurisprudencia internacional en este sentido, mismos que serán abordados en un capítulo posterior.

C. 3 La nueva versión de la expropiación indirecta en el CAFTA-EU-RD

En cuanto se refiere a la nueva versión del TLC, como es el CAFTA RD, lo más importante en el estudio de este caso son básicamente los avances que se han dado en función de la interpretación para la consecuente aplicación de la normativa vinculada a esta figura jurídica –expropiación indirecta-, ya que es posible advertir que la noción sobre ésta prácticamente se ha ampliado al extremo que el referido TLC, prácticamente “garantiza a los inversionistas extranjeros que los erarios públicos de los países miembros pagaran indemnizaciones por cualquier expropiación gubernamental (...) el TLCAC elimina la frase “equivalente a”, sigue

exigiendo una indemnización por (...) efectos eventuales sobre su actividad comercial (...)”¹⁶⁰.

Sin embargo, es importante mencionar que a pesar de los datos que reflejan que los casos se han dado fundamentalmente en relación al TLCAN y no así respecto de los otros TLC, esto probablemente se deba a la magnitud de las economías involucradas –Canadá y Estados Unidos- por una parte, así como también por la alta tradición proteccionista de los Estados Latinoamericanos en este caso plasmado por las regulaciones Mexicanas.

Pero, en esta lógica lo que también debe quedar claro, es que aunque no se hayan presentado a la fecha casos amparados en los distintos Capítulos de Inversión de los TLC suscritos en el Continente Americano, lo cierto es que pudiera pasar en cualquier momento y con características similares a las que ya se conocen en el espectro internacional, tomando en cuenta la jurisprudencia emergente de la aplicación de las disposiciones del referido cuerpo legal.

En este sentido, uno de los desafíos mas importantes que se viene con el CAFTA – RD en el cual se considera la expropiación indirecta desde una perspectiva de la “potencialidad comercial”, es decir a partir de la idea de la existencia de “riesgo económico para la inversión”, lo que sin duda generara desde su vigencia en los próximos meses una suerte de tira y afloje en la construcción y consolidación de mercados.

Pero, este hecho probablemente no sea sino el resultado de la noción de propiedad que plantea como objeto de regulaciones expuestas a la figura de la expropiación indirecta, la cual en esta ha adquirido una nueva dimensión ampliada, ya que es evidente que el hecho de “asumir el riesgo” en un negocio potencial puede representar un peligro para la facultad reguladora de los Estados, ya que esta figura cobra un alcance inusual pues involucra a las autorizaciones y permisos, las licencias, los contratos gubernamentales, las concesiones de los recursos naturales y además la propiedad intelectual.

¹⁶⁰ V. OMC, Ob. cit. p. 33

Entonces no se puede dejar de lado la posibilidad siempre vigente de una emergencia de controversias que emanen de la relación inversor-Estado en la nueva dinámica económica del siglo XXI.

CAPITULO III ESTUDIO DE CASOS

INTRODUCCION

En el presente capitulo se realizara un Estudio de Caso emergente de la aplicación de la Expropiación Indirecta, considerada como la figura jurídica fundamental para la protección y garantía de las inversiones extranjeras, presente en los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por los Estados latinoamericanos entre si y con otros Países de diversos Continentes.

En este sentido, es importante indicar que la primera parte del estudio estará relacionado con los aspectos más importantes de la presencia y el desarrollo de esta institución jurídica en los TLC de forma general, para luego ingresar de lleno al análisis del conjunto de casos que plantea el NAFTA.

PRIMERA PARTE REFLEXION PRELIMINAR AL ESTUDIO DE CASO

Como ya menciono la figura jurídica de la expropiación indirecta esta presente en los TLC suscritos entre los Estados y en función de estos es que se han producido una serie de eventos aunque no necesariamente vinculados a casos relacionados con esta institución jurídica (Expropiación Indirecta). Sino con relación a otras nociones que tienen que ver con el trato nacional, requisitos de desempeño, nivel mínimo de trato, entre los mas importantes, aunque por otra parte también es imprescindible señalar que sin la aplicación de esta seria muy difícil obtener una protección adecuada y una garantía real de la inversión extranjera en un determinado Estado

receptor. Es quizás que por ello la presencia de esta figura jurídica sea una constante en los TLC según se puede observar en el Cuadro III. 1 (ut. Infra.).

Talvez, sea necesario indicar que los casos que se han producido hasta ahora, como consecuencia de la aplicación de las normas contenidas en cada uno de estos TLC, todavía aguarden mayores sorpresas, toda vez que las mismas han ido evolucionando en su concepción a raíz de los nuevos mandatos emergentes de la nueva jurisprudencia internacional que se ha sentado desde entonces.

CUADRO III. 1
SITUACION DE LAS CONTROVERSIAS POR EXPROPIACION INDIRECTA EN
LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

TRATADOS	CASOS EN LITIGIO
TRATADO	
BOLIVIA	
Bolivia – México	NINGUNO
CANADA	
Canadá – Chile	NINGUNO
Canadá – Costa Rica	NINGUNO
CARIBE	
CARICOM – Republica Dominicana	NINGUNO
CENTROAMERICA	
Centroamérica – Chile	NINGUNO
CAFTA – EE.UU. – RD (<i>El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Honduras, Costa rica, Rep. Dominicana y Estados Unidos</i>)	NINGUNO
Centroamérica – Panamá	NINGUNO
Centroamérica – Republica Dominicana	NINGUNO
CHILE	
Chile – AELC	NINGUNO
Chile – Corea	NINGUNO
Chile – Estados Unidos	NINGUNO
Chile – México	NINGUNO

COSTA RICA	
Costa Rica – México	NINGUNO
ESTADOS UNIDOS	
Estados Unidos-Australia	NINGUNO
Estados Unidos-Bahrein	NINGUNO
Estados Unidos-Israel	NINGUNO
Estados Unidos-Jordania	NINGUNO
Estados Unidos-Marruecos	NINGUNO
Estados Unidos-Singapur	NINGUNO
NAFTA <i>(Canadá, México y Estados Unidos)</i>	18
MEXICO	
Grupo de los Tres <i>(México, Colombia y Venezuela)</i>	NINGUNO
México – AELC	NINGUNO
México – Israel	NINGUNO
México – Japón	NINGUNO
México – Nicaragua	NINGUNO
México – Triangulo del Norte <i>(El Salvador, Guatemala, Honduras, y México)</i>	NINGUNO
México – Unión Europea	NINGUNO
PANAMA	
Panamá – Taiwán	NINGUNO

Fuente Elaboración Propia

Ante estos datos (Ver Cuadro III.1), que explícitamente demuestran que las controversias cuyo argumento central ha sido la figura de la expropiación indirecta, es básicamente mínima, lo cual a su vez no necesariamente implica que en el futuro no pudiese desencadenarse una serie de causas bajo el amparo de esta institución jurídica, sobre todo después del ejemplo que ha planteado el NAFTA en este sentido.

Por otra parte es importante establecer que la posibilidad de la controversia esta siempre presente en la relación inversor- Estado a partir sobre todo de la actividad discrecional del primero y de la facultad potestativa de regulación del segundo lo cual no hace sino plantear la necesidad de establecer los mecanismos de resolución

de estos conflictos y que en el ámbito de la vinculación internacional que se da en los niveles de la suscripción de APPRI's, TBI's o TLC's, debiendo en este sentido, incluirse en el contenido normativo de estos instrumentos jurídicos, como se ve en la relación realizada. (Ver Cuadro III. 2 infra), ya que este elemento es fundamental. Pero, también es importante señalar entre los aspectos mas relevantes que este compromiso voluntario que asumen los Estados Parte y que favorecen a los inversores, consignan en la mayoría de los casos las instancias ante las cuales se planteara la reclamación internacional. Aunque el presente caso considerará el análisis desde la perspectiva que le brinda el conjunto de los TLC y no así de otros instrumentos jurídicos internacionales. Es por ese motivo, que es claro que las reglas ya se han planteado en el contenido de estos debido a la posibilidad de conflicto entre el inversor-Estado deviniente de una política de inversión que han desarrollado éstos en los últimos años.

CUADRO III. 2
SITUACION DE LA RESOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSOR-ESTADO EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

TRATADOS	NORMAS SOBRE CIADI	NORMAS SOBRE CNUDMI
TRATADO		
BOLIVIA		
Bolivia – México	Art.15-21	Art.15-21
CANADA		
Canadá – Chile	Art. G 21 inc. a) b)	Art. G 21 inc.c)
CARIBE		
CARICOM – Republicana Dominicana	Art.X.11 num.(2) inc. a) y b)	Art. X.11 num. 2) inc. c)
CENTROAMERICA		
CAFTA – EE.UU. – RD (El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Honduras, Costa rica, Rep. Dominicana y Estados Unidos)	Art.10.16 num. (3) inc. a) y b)	Art. 10.16 num. (3) inc. c)
Centro America – Panama	Art.10.21 inc.a); b)	Art.10.21 inc.c)

CHILE		
Chile – México	Art.9.21 num.(1) inc.a) y b)	Art.9.21num.(1) inc.c)
COSTA RICA		
Costa Rica – México	Art.13.23 inc. a) y b)	Art.13.23 inc. c)
ESTADOS UNIDOS		
NAFTA (<i>Canadá, México y Estados Unidos</i>)	Art.1122 inc. a) y b)	No se consigna
MEXICO		
Grupo de los Tres (<i>México, Colombia y Venezuela</i>)	Art.17.18 num. (2) inc. a) y b)	Art. 17.18 num. 2 inc. c)
México – Nicaragua	Art.16.21 inc a) y b)	Art. 16.21 inc. c)
México – Triangulo del Norte (<i>El Salvador, Guatemala, Honduras, y México</i>)	Art.14-22 num. (1) inc. a) y b)	Art.14-22 num. (1) inc. c)

Fuente Elaboración Propia

debido a estos aspectos es importante analizar uno de los casos mas notables del conjunto de los TLC anteriormente citados, como es el NAFTA y a partir de su contenido normativo, que ha originado una interpretación *sui géneris* del Capitulo XI de este instrumento jurídico.

SEGUNDA PARTE

ESTUDIO DE CASO

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE (TLCAN/NAFTA)

Entonces, siguiendo la lógica de la reflexión preliminar realizada en la primera parte en esta se abordara exclusivamente los casos emergentes del NAFTA, con todos y cada uno de los sesgos que dicho procedimiento hubiere admitido.

I. EL NAFTA Y LA EXPROPIACION INDIRECTA

Los casos de expropiación indirecta que se desprenden de la aplicación del Capítulo XI del NAFTA han formado un hito jurisprudencial internacional en los últimos años respecto de las medidas de protección y garantía de la inversión extranjera a partir de una política fundamentalmente económica, que pretendió con la inserción de medidas sui géneris en los instrumentos jurídicos internacionales proteger no sólo la inversión, sino también al inversor, y que en el curso de esa búsqueda además de lograr este propósito con la liberalización de la inversión mediante la implantación de políticas de privatización y/o capitalización devinientes de la tendencia neoliberal de un modelo liberal de mercado, cuyas consecuencias han demostrado el peligro que estas representan para los sistemas democráticos y para la credibilidad de los procesos de integración en tanto y en cuanto estos últimos basan el principio de su relacionamiento y de su construcción en el sentido de la de la solidaridad.

En este sentido, es preciso indicar que la mayoría de los TLC suscritos –excepto el de Estados Unidos con Australia- tienen como parte fundamental un Capítulo de Inversiones (**Véase Cuadro N° ...ut supra**) que admite el mismo contenido normativo que el establecido en el TLCAN, pero es este último el que ha desarrollado los parámetros más importantes en la jurisprudencia internacional a partir de la concepción de “expropiación” que ha mutado a “indirecta” desde la consideración de que esta acepción involucra principalmente a las “ganancias expectativas” o “ganancias futuras” que se han manifestado a la hora de las infracciones, voluntarias o involuntarias de la normativa de este Tratado Reglamentario por parte de los Estados conduciendo al surgimiento de demandas internacionales.

**CUADRO III. 3
CASOS EMERGENTES DEL CAPITULO 11 DEL TLCAN/NAFTA**

ESTADO	Nº DE CASOS	CIADI	CNUDMI	DESCONOCIDO*
ESTADOS UNIDOS	14	3	7	4
CANADA	10	0	4	6
MEXICO	17	6	4	7

TOTAL	41	9	15	17
-------	----	---	----	----

Fuente: *Elaboración Propia*

- Lo desconocido se refiere a los casos en los que ha sido puesto de manifiesto la intención de llevar a un Tribunal Arbitral la reclamación, pero no se sabe ante cual de las instancias (CIADI o CNUDMI).

Como es evidente según los datos contenidos en el Cuadro que antecede, los casos presentados hasta ahora ante la CNUDMI son quince, mientras que los que se dieron ante el CIADI son nueve, resultando sin embargo que de los 41 casos que se conocen hasta hoy, aun se tiene certeza ante que tribunal se encuentran los otros 17, ya sea por razones que se ajustan al principio de privacidad y confidencialidad o porque en algunos casos se ha notificado con la intención pero el proceso arbitral aun no ha comenzado.

En este sentido lo que resulta más importante en este contexto de protección a la inversión y al inversionista como parte de la teoría económica imperante en la actualidad es la evolución y la frecuencia con que se han venido planteando las reclamaciones internacionales al amparo del Capítulo 11 del TLCAN.

CUADRO III. 4 SECUENCIA TEMPORAL DE LOS CASOS PRESENTADOS

AÑO	CASOS	ESTADO CONFRONTADO	ESTADO DE ORIGEN DEL INVERSIONISTA
1995	Armtrade Internacional	México	Estados Unidos
	Halchette	México	Estados Unidos
1996	Signa	Canadá	México
1997	Ethyl Corporation	Canadá	Estados Unidos
	Metalclad	México	Estados Unidos
	Robert Azinian	México	Estados Unidos
1998	Loewen Group	Estados Unidos	Canadá
	SD Myers		Estados Unidos
	Waste Management	México	Estados Unidos
1999	Mondev	Estados Unidos	Canadá
	Methanex	Estados Unidos	Canadá
	Pope & Talbot	Canadá	Estados Unidos
	UPS	Canadá	Estados Unidos
	Sun Belt	Canadá	Estados Unidos
	Karpa (Feldman)	México	Estados Unidos

	Scout Ashton	México	Estados Unidos
2000	Ketchum and Tysa	Canadá	Estados Unidos
	Grupo ADF	Estados Unidos	Canadá
2001	Tramel Crow	Canadá	Estados Unidos
	Crompton	Canadá	Estados Unidos
	Adams	México	Estados Unidos
	Lomas Santa Fe	México	Estados Unidos
	Fireman's Found	México	Estados Unidos
	Francis Keneth	México	Estados Unidos
2002	James Baird	Estados Unidos	Canadá
	Doman	Estados Unidos	Canadá
	Canfor	Estados Unidos	Canadá
	Kenex	Estados Unidos	Canadá
	Ontario Limited	Estados Unidos	Canadá
	Robert Frank	México	Estados Unidos
	Gami Investments	México	Estados Unidos
	Thunderbird Gaming	México	Canadá
2003	Tembec	Estados Unidos	Canadá
	Glamis Gold	Estados Unidos	Canadá
	Corn Products	México	Estados Unidos
	ADM y AE Staley	México	Estados Unidos
2004	Grand River	Estados Unidos	Canadá
	Terminal Forest Products	Estados Unidos	Canadá
	Canadian Cattlement for Fair Trade	Estados Unidos	Canada
	Albert J. Cornnelly	Canadá	Estados Unidos
	Bayview Irrigation	México	Estados Unidos

Fuente: Elaboración Propia

- En el caso Calmark contra México se desconoce la fecha en virtud de lo cual no ha sido incluido en el cuadro.

Los datos contenidos en el Cuadro III. 4 demuestra la relevancia que ha tomado este Capítulo, lo cual es verificable ante el incremento que se ha producido en las demandas presentadas en los últimos años que no solo han ido perfeñando una nueva realidad jurisprudencial sino también interestatal, porque quiérase o no estas acciones de los inversionistas repercuten en el erario nacional de cada uno de los Estados Parte (Canadá, Estados Unidos y México), ya que casos como los suscitados en contra de México como el de: Robert Azinian y otros (Desona de C.V.), Amrtrade International, Metalclad, , Waste Management, Karpa (Feldman), Scout Ashton, Fireman's Found, Keneth Haas, Thunderbird, Halchette. O bien los

casos de Sun Belt Water, Ethyl, Pope & Talbot, SD Myers, Ketchum Investments Inc and Tysa así como otros que actualmente se hallan en vigencia contra Canadá. Al igual que los que se tienen contra Estados Unidos como: Ontario Limited, Tembec, Terminal Forest Products, Canadian Cattlement for fair Trade, han influido notablemente en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas internas en un primer momento y de las internacionales finalmente sobre todo respecto de la inversión extranjera en el marco de una relación inversor-inversión-Estado.

Gran parte de los casos –mas de la mitad- generados al amparo de las normas de este TLC fijaron sede ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) perteneciente al Banco Mundial, o el de las disposiciones contenidas en la Ley Modelo de la CNUDMI¹⁶¹ sobre Arbitraje Internacional que es el documento de las Naciones Unidas, aprobada el 21 de junio de 1985.

Por otra parte cabe indicar que dichos casos se plantearon bajo el estándar normativo que propone el art. 1110 del Capitulo XI del TLCAN que establece básicamente 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 ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: a) por causa de utilidad publica; b) sobre bases no discriminatorias; c) con apego al principio de legalidad y al art. 1105 (1); y d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6. (8) Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerara 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, solo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudado”*¹⁶² de lo cual se infiere que esta cláusula que ha servido desde los primeros TBI y luego desde la suscripción del NAFTA, como el contenido modelo sobre el que se han establecido las reglas de juego de la protección y garantía de la inversión y el inversor extranjero en los parámetros de una relación Estado-inversor

¹⁶¹ CNUDMI, es la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional que tiene la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional Aprobada por Documento Naciones Unidas A/40/17 Anexo I en 21 de junio de 1985.

¹⁶² V. Art. 1110 (8) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN - ESTADOS UNIDOS-CANADA-MEXICO) [Internet] www.sice.org 14:20 p.m. 20 de enero de 2006

esta siendo el protagonista actualmente de la emergencia de reclamaciones internacionales mediante arbitraje, sobre todo en el contexto de los tres Estados Parte.

CUADRO III. 5
ART. 1110 .- EXPROPIACION – CAPITULO 11 DEL TLCAN/NAFTA

ESTADO	Nº DE CASOS	CIADI	CNUDMI	DESCONOCIDO*
ESTADOS UNIDOS	7	2	4	1
CANADA	4	0	3	1
MEXICO	7	5	1	1
TOTAL	18	7	8	3

Fuente: Elaboración Propia

- Al igual que en el anterior caso en este acápite no solo involucra esa perspectiva sino que además lo desconocido tiene que ver con el principio de privacidad que implica el arbitraje.

Los datos contenidos en el Cuadro que antecede (III. 5) refleja que la “expropiación indirecta” es la figura jurídica mas utilizada para argumentar los daños que el inversionista ha sufrido en razón de las disposiciones regulatorias de los Estados, ya sean hechas estas con afán preventivo o no, ya que desde que se encuentra en los Capítulos de inversión de los TLC su utilización ha sido casi una constante en las reclamaciones internacionales. Aunque tampoco se puede dejar de lado que esta también sirve de argumento a las controversias emergentes de los TBI, en razón de encontrarse como parte de una de las cláusulas.

En este sentido la figura de la expropiación contenida en dicho instrumento jurídico se funda en las nociones de *utilidad publica*, que tiene que ver con el bienestar general que es una finalidad del Estado, pero también con las *bases de no discriminación* como parte de los derechos que tiene el inversionista a desarrollar su capital en un Estado receptor sin ser perjudicado por el origen o nacionalidad a través del derecho interno. Asimismo se ha vinculado esta figura jurídica – expropiación indirecta- al *principio de la legalidad* que se relaciona con la elaboración del derecho a partir de la expresión de los requerimientos estatales, desembocando en la tendencia económica de la *indemnización*, que no solo traduce

la intervencionalidad al momento de construir el argumento de la expropiación, sino que también representa per se la finalidad fundamental de esta medida.

Es así que en el caso del TLCAN/NAFTA según constan en los datos ya referidos (Véase Cuadro III. 2) refleja el constante incremento de esta figura en el orden jurídico pre-establecido por este instrumento legal, consolidando una actividad jurisdiccional importante, siendo así que tanto México, Canadá y Estados Unidos ha destinado, profesionales, tiempo, y recursos a la solución de los conflictos siendo en este sentido preciso que por la gran cantidad de casos existentes, se hace imprescindible el estudio de algunos de ellos en razón de su importancia e impacto económico, social y ecológico.

II. ESTUDIO DE CASOS DE EXPROPIACION INDIRECTA

En esta parte se realizara el estudio de los casos mas emblemáticos emergentes a partir de la aplicación de la normativa del Capítulo XI del TLCAN (expropiación indirecta), en cuanto se refiere fundamentalmente a aquellos que se vinculan con los países miembros (Estados Unidos, Canadá y México).

II.1 CASOS EN CONTRA DE ESTADOS UNIDOS

Los casos que se presentaron al amparo de este cuerpo legal desde los parámetros que permite la Expropiación Indirecta en contra de los Estados Unidos son varios, pues se dan bajo motivaciones principalmente comerciales y medio ambientales según lo expresa el siguiente cuadro:

**CUADRO III. 6
“EXPROPIACION INDIRECTA” CONTRA ESTADOS UNIDOS**

EMPRESA	SEDE	NATURALEZA DE LA RECL.	MONTO RECLAMADO	MONTO OBTENIDO	ESTADO ACTUAL
LOEWEN	CIADI	COMERCIAL	U\$725'000.000	Ninguno	Denegado por procedimiento*
METHANEX	CNUDMI	MTBE	U\$970'000.000	Ninguno	Rechazada**
MONDEV	CIADI	INMOBILIARIA	U\$ 50'000.000	Ninguno	Rechazada
GLAMIS GOLD	CNUDMI	MINERIA	U\$ 50'000.000	Ninguno	En curso
GRAND RIVER	CNUDMI	TABACALERA	U\$340'000.000	Ninguno	En curso

FOREST PRODUCT	CNUDMI	ANTI-DUMPING	U\$ 90'000.000	Ninguno	En curso
CANADIAN CATTLEMEN FOR FAIR TRADE		GANADERIA	U\$300'000.000	Ninguno	No ha empezado***

Fuente: Elaboracion Propia

- Loewen declaro en bancarrota 850 casas de servicios funerarios siguiendo la legislación estadounidense en virtud de lo cual se inhabilita para concurrir al amparo de las disposiciones del TLCAN bajo el concepto de inversionista extranjero.
- Methanex produce solo uno de los compuestos de MTBE.
- Canadian Cattlemen es un grupo de ganaderos canadienses reclaman indemnización por perdidas ocasionadas por la prohibición de EEUU de importación de ganado luego del descubrimiento del EEB (enfermedad de la vaca loca) en 2003

De conformidad con estos datos obtenidos del CIADI y la CNUDMI se procederá al Estudio de los Casos de Loewen Group, Methanex, y Glamis Gold.

A. LOEWEN GROUP

La estructura del estudio de caso en este sentido se realizara estableciendo en un primer momento los antecedentes de la controversia, el argumento jurídico, la resolución final y el alcance jurídico del caso.

A.1 Antecedentes de la Controversia

Loewen¹⁶³ Group Inc es una empresa o mas bien un conglomerado de servicios funerarios de origen canadiense que estableció relaciones fundamentalmente comerciales con otras del rubro en los Estados Unidos de Norteamérica y siguiendo las tendencias de la economía internacional incursiono en el área de adquisiciones de las casas funerarias que de forma independiente brindaban este servicio, a fin de lograr el monopolio de los precios por dichos servicios.

Este conglomerado fue demandado en 1994 en Misissipi por otro empresario (O'Keefe) por varios "actos ilícitos" tendientes a consolidar un monopolio en cuanto se refería a los servicios funerarios pudiendo de ser así considerados como anti-competitivos en virtud fundamentalmente de la estructura organizacional y

¹⁶³ LOEWEN logro adquirir más de 1000 casas funerarias tanto en Canadá cuanto en Estados Unidos de Norteamérica.

económica a la que se enfrentaban las otras casas independientes, lo cual ciertamente iba contra un conjunto de normas establecidas en relación con ese tema. El jurado en este juicio fallo en contra de Loewen a la que sanciono con la obligación de un pago de 260 millones de dólares ya que según afirma uno de los miembros de ese jurado que el “Grupo Loewen...violó clarísimamente todos los contratos que firmo con O’Keefe... Si acaso alguna vez hubo un caso indefendible, yo creo es éste”¹⁶⁴ y fue esta posición la que impulso a la empresa a someterse a una fase adicional de sentencia que se realizo ante el mismo jurado, el cual incremento el monto indemnizatorio por el comportamiento comercial de la suma ya planteada a 500 millones de dólares, esta suma al igual que la anterior supero las expectativas que tenia el demandante, pues en principio la idea que sostenían era lograr un monto indemnizatorio de solo 5 millones de dólares, pero a su vez la empresa demandada al no estar conforme con la decisión del jurado en esta fase recurrió a apelar la misma previo pago de una fianza por el monto adeudado, lo cual constituía una garantía ante los procedimientos judiciales que pudiesen dilatar la cancelación de la cantidad prefijada.

Pero al considerar que el monto indemnizatorio rebasaba las pretensiones del demandante, el Grupo Loewen pretendió encaminarse en un acuerdo de conciliación que concluyo el 29 de enero de 1996 con una suma definitiva de 150 millones de dólares, que a todas luces a pesar de representar un tercio de lo preestablecido por el jurado, y de representar un excedente de 145 millones de dólares de la expectativa de arreglo que esperaba el demandante, es evidente que por supuesto constituyo una gran perdida económica importante para este Grupo.

A.2 Del Argumento Jurídico

Todos estos hechos condujeron a que Loewen se refugiara en las normas del Capitulo de Inversiones del TLCAN y de esta forma iniciara en 1998 una demanda contra los Estados Unidos ante el CIADI, usando como argumento jurídico el art. 1110 (expropiación), toda vez a partir del pago que realizara como indemnización

¹⁶⁴ Cfr. OBSERVATORIO MUNDIAL DEL COMERCIO, *Capitulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversionistas contra Estados. Lecciones para el tratado de Libre comercio de Centro América*. Public Citizen. Octubre 2005. [Internet] http://www.citizen.org/documents/chapter_11_spanish_final.pdf 14:00 p.m. 20 de enero de 2006. Washington. p. 49

impuesta de algún modo por el jurado –aunque no fue sino tan solo una fracción- resultado del veredicto al que este llevo.

En virtud de todo ello no es raro que se considere el pago de dicho monto como una “indemnización punitiva”¹⁶⁵, perspectiva desde la cual se traduciría en una violación de la garantía de la inversión extranjera establecida en las disposiciones del TLCAN. Y en esta lógica argumento que “la sentencia excesiva, la negación de su derecho de apelación y el arreglo forzado equivalen a una expropiación no indemnizada, violatoria del art. 1110 del TLCAN”¹⁶⁶, con esta convicción se abrió el caso Loewen con una solicitud de 750 millones de dólares por concepto de indemnización respecto del perjuicio provocado en sus ganancias futuras.

A.3 Resolución Final

Uno de los temas mas importantes surgidos a raíz del conflicto fue el de la competencia jurisdiccional que de por si planteaba el caso Loewen que con solo presentarse ante el CIADI al amparo de la normativa del TLCAN estaba prácticamente “impugnando” el veredicto del circuito jurídico de Estados Unidos, en virtud de lo cual este país pidió se rechazara el mismo, sin embargo a través de un dictamen de carácter provisional (9 de enero de 2001) el Panel Arbitral rechazo mas bien los argumentos que planteara este Estado ya que era evidente que “los derechos del inversionista privado del TLCAN se extendían al contexto del juicio civil, sorprendiendo a muchos observadores”¹⁶⁷ abriendo con ello la puerta para la revisión de las Sentencias de la Corte Suprema de Norteamérica por los Tribunales Arbitrales establecidos en el contenido normativo del TLCAN.

El 17 de agosto de 2004 el Tribunal denegó la petición de Loewen.

¹⁶⁵ Ibid, p. 50

¹⁶⁶ Ibid, p. 51

¹⁶⁷ Ibid, p. 50

A.4 Alcance Jurídico del Caso y la Resolución Final

Se puede afirmar entre otras cosas que este caso a partir de sus consideraciones fundamentalmente jurisdiccionales, constituye para muchos estudiosos un “ataque” contra la independencia e integridad del sistema judicial estadounidense¹⁶⁸ porque se demostró a través del laudo que los fallos así fueran de la Corte Suprema de los Estados Unidos podían ser recurridos al amparo del contenido normativo establecido en el Capítulo XI del TLCAN como parte de la protección y garantía de la inversión extranjera en los parámetros de una relación inversor-Estado.

Al respecto, de este tema el Presidente de la Corte Suprema de California señalaba que este hecho “tiene graves implicancias. Es escandaloso que las sentencias de las instancias jerárquicas mas altas de la justicia estadual y federal puedan ser burladas por estos tribunales”¹⁶⁹ circunstancia que se pretendió resolver con una resolución emergente de la Conferencia de los Presidentes de Tribunales Supremos, aunque es evidente que con una medida como esta no se da ni siquiera un paliativo y que sin duda como ya dijera en su momento los juristas de este país la revisión de sus fallos “socava el carácter definitivo de los dictámenes de los tribunales estadounidenses (...) y desvirtúa la condición de mutua igualdad del poder judicial con los otros poderes en nuestro sistema de separación de poderes”¹⁷⁰

Y siguiendo esta conducta el Tribunal aceptó incluso objeciones que no se habían presentado en medio de un juicio, lo cual se considera como la renuncia al “derecho a objetar”, hecho que no fue tomado en cuenta y que no hace sino evidenciar lo que ya se señaló en virtud del desvalor del que ha sido objeto el procedimiento jurídico nacional de los Estados Unidos por ante la interpretación normativa de las disposiciones del TLCAN de parte del Tribunal del CIADI. En consecuencia se puede afirmar que el caso Loewen puso en “tela de juicio” la conducta asumida por el sistema judicial norteamericano sobre todo en lo que respecta al tema de la protección de las inversiones.

¹⁶⁸ Ibid, p. 52

¹⁶⁹ OMC ob cit, p. 53

¹⁷⁰ Ibid.

B. METHANEX

En cuanto a este caso la estructura del estudio se basara en el modelo planteado, es decir, que hará referencia a los antecedentes de la controversia, el argumento jurídico, las causas de la controversia, la resolución final y por ultimo el alcance jurídico del caso y la resolución final.

B.1 Antecedentes de la Controversia

Methanex Corporation es una empresa transnacional, de origen canadiense, líder mundial en la producción de metanol, compuesto químico que forma parte del compuesto denominado metil-ter-butil-eter o mejor conocido por sus siglas (MTBE), derivado del petróleo, utilizado desde 1979 como un eficaz elevador del octanaje de nafta, en sustitución del tetraetilo de plomo.

Esta empresa multinacional ha promovido un programa comercial importante respecto de este producto a pesar de haberse demostrado del alto nivel cancerígeno para los seres humanos, debido a su alta volatilidad por su solubilidad ya sea a través del agua, ocasionado mediante los derrames o la evaporación del compuesto que mediante la lluvia promueve este tipo de contaminación a los mantos de aguas subterráneos.

Desde la suscripción del NAFTA, los negocios entre Estados Unidos, Canadá y México se soldaron en la bisagra de protección a la inversión extranjera directa, ocasionando que los flujos comerciales se incrementaran a través de las políticas de inversión, desplegadas desde entonces. En este contexto Methanex consiguió introducir al mercado norteamericano el compuesto químico MTBE respaldándose en la eficacia de este producto y las regulaciones de este Tratado.

Sin embargo cuando California, como producto del riesgo cancerígeno del compuesto químico prohibió la utilización del MTBE en el expendio de nafta, entonces no sospecho que Methanex lo demandaría basándose en la regulación del Capitulo 11 del NAFTA.

B.2 Del Argumento Jurídico

El argumento jurídico que utilizó Methanex para demandar al gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, estuvo enmarcado en los parámetros regulatorios del NAFTA - expropiación indirecta -, pues la prohibición de inclusión en naftas y su consecuente comercialización del compuesto químico MTBE no se adecuaba al principio de causas y mucho menos a las restricciones al comercio, ya que de acuerdo con la transnacional las disposiciones del Estado de California debían estar orientadas a la solicitud de a) reparación de los tanques y de b) creación de un sistema de control, lo cual pone de manifiesto según la transnacional que existiría un sentimiento “discriminatorio”, respecto de la inversión extranjera, ya que de acuerdo con Methanex y Neste Inc.: “(..) el gobierno de EU está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de diversas leyes ambientales relacionadas con la protección de los recursos hidrológicos y de las normativas para tanques de almacenamiento subterráneo.(...) procedente de tanques defectuosos y que las autoridades de California han incurrido en omisiones en la aplicación de su legislación ambiental provocando que los derrames de gasolina de los tanques hayan contaminado y sigan contaminando el medio ambiente, es decir, suelo, aire y agua.”¹⁷¹

Esta afirmación admitió una respuesta inmediata de parte de Estados Unidos de Norteamérica, que ante dicha declaración que pone en duda no solo la eficacia de la administración pública, sino que también demuestra la negligencia a la hora de establecer los mecanismos de control requeridos para evitar el desastre ambiental que combate, se pronunció señalando que: “Methanex está impugnando la aplicación de las normativas para tanques de almacenamiento subterráneo de California como parte de una reclamación que sometió a arbitraje contra Estados Unidos en virtud del Capítulo 11 del TLCAN... Además, resulta evidente que el único interés de Methanex es proseguir con la reclamación que sometió a arbitraje en virtud del Capítulo 11 del TLCAN, propósito que es incompatible con el espíritu y la letra del Artículo 14. No era intención de la Partes que el proceso estipulado en los

¹⁷¹ Véase CANADA Daily. *Estados Unidos presenta respuesta con respecto a la petición de Methanex/Neste*. Artículo de Prensa.21 de junio de 2000. Montreal

Artículos 14 y 15 se utilizara para favorecer o afectar procedimientos paralelos entablados en virtud del TLCAN (...)”¹⁷²

Ambas declaraciones no hacen mas que demostrar que la interpretación y la posterior aplicación de la expropiación indirecta se esta constituyendo en la figura que permite realizar una pulseta de poder entre los estados y las transnacionales, en el cual el rol de obediencia y sometimiento a la normativa parece haberse invertido, por eso no es de extrañar que Methanex al interponer el litigio haya solicitado que se *suspendiera la medida de prohibición* o en su defecto pidió se le otorgue una *indemnización* de \$us. 970 millones de dólares por concepto de “**expropiación de ganancias futuras**”, conforme a la regulación establecida en el art. 1110 del Capitulo 11 del NAFTA.

B.3 Las Causas de la Controversia

Al respecto se puede decir que las causas que provocaron el litigio se pueden establecer por una parte los argumentos del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica y los de que aducía Methanex. En cuanto al primer caso se pueden señalar los siguientes puntos:

- ***La contaminación del agua potable***

La contaminación del agua potable sostenida por el Estado de California, misma que deriva de la comprobación de la solubilidad y evaporación del compuesto químico. Constituyendo un peligro medioambiental.

- ***Políticas de protección a la Salud:***

Se demostró que el compuesto químico MTBE era altamente cancerigeno, toda vez que llegaba al ciudadano a través del consumo cotidiano de agua potable, cuyas seguridad esta amparada por medidas de control sanitario, que el Estado de California, tiene establecidas.

¹⁷² Ibid.

- ***Prohibición de comercializar MTBE***

Dicha prohibición como consecuencia de los dos puntos anteriores en los parámetros de los derechos a la salud y a un medioambiente saludable concordante con los derechos fundamentales del Hombre.

En cuanto al segundo caso (Methanex), utiliza los siguientes elementos:

- ***Afectación a la credibilidad empresarial***

Al momento de prohibir el expendio de MTBE, sin que medie una solicitud de reparación de los tanques o de que se implante un sistema de control de ambas partes, suscita de acuerdo con Methanex un hecho que afecta la credibilidad comercial de la compañía

- ***Discriminación***

También será la figura a la que recurrirá Methanex a fin de probar que con esta actitud lo único que se pretende es desfavorecer a los inversionistas extranjeros, que se manifiestan a través de expresiones xenófobas de incomprensión e intolerancia comercial.

- ***Indemnización***

La empresa transnacional a consecuencia de la prohibición de comercializar su producto en el mercado norteamericano, como aditivo de naftas, solicito se le indemnizara por los daños futuros, emergentes de esa medida. Es decir por ganancias que solamente eran “probables”.

B.4 Resolución Final

Se debe indicar respecto el litigio planteado por Methanex contra el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, ante el Tribunal Arbitral del CNUDMI de acuerdo

con las regulaciones del NAFTA, que de acuerdo con el laudo de 2002 en el cual se establece que esta empresa productora de metanol que es uno (metanol) de los compuestos químicos que forma parte de la formula de MTBE y no del producto final que es el que fue prohibido en virtud de lo cual no se encontraría vinculada sino solo a través de ese elemento.

Es bajo estas consideraciones que el Tribunal afirma que la empresa en cuestión se halla prácticamente “distante” de las pérdidas que recurrió por expropiación indirecta, y que de dar curso no tardarían otras del mismo rubro o en su caso de aquellas que al igual que esta tienen que ver con la producción de uno solo de los compuestos para presentar una demanda similar.

Por otra parte se sugirió a Methanex que de persistir en la idea de la reclamación se realice la misma demostrando que la prohibición del MTBE por el gobierno norteamericano afectaría de forma directa no solo a la empresa sino a todo el sector productivo de metanol, como parte de la intención de esa medida.

B.5 Alcance Jurídico del Caso

La importancia de este caso radica principalmente en que se puede afirmar que fue el primero que se vinculo al medio ambiente sobre todo en relación a los Estados Unidos, ya que a tenido que ver con la contaminación de un recurso natural como es el agua y a partir de ello con regulaciones que se originaron en la necesidad de prevenir la elevación de los niveles de está (contaminación).

Por otra parte, este hecho se desprende también un cuestionamiento hacia los principios comerciales en virtud de su implicancia con las obligaciones contenidas en el Capítulo XI del TLCAN, pero también marca una pauta importante en función del principio de protección de la inversión extranjera ya que con toda la normativa aplicada hasta el momento no se hizo sino fijar que el acceso a los mercados así como la participación constante en el mismo son parte de los intereses protegidos.

El haber resuelto el caso indicando que se debe volver a presentar la demanda con un argumento mas específico, porque no se llegó a probar el daño sufrido por la

empresa en virtud de que la misma es prácticamente monoprodutora respecto del producto (MTBE) cuestionado que es el resultado de cuatro elementos, hecho que no hizo si no parar por un momento las consecuencias millonarias para el erario estadounidense, pero es evidente, que a abierto la puerta para que otras empresas vinculadas a la producción de este químico piensen en unirse a Methanex en la segunda vuelta que seguramente ya se encuentra en el umbral.

C. GLAMIS GOLD: Minería vs. Derechos Indígenas

El presente análisis comprenderá un estudio de los antecedentes de la controversia, el argumento jurídico, las causas de la controversia y el alcance jurídico de la controversia, debiendo quedar claro que como aun no se resuelve este caso, no se realizaran las consideraciones legales respectivas a ese punto.

C.1 Antecedentes de la Controversia

Glamis Gold Ltd., es una empresa minera aurífera canadiense con sede en Vancouver con operaciones en California y Nevada (Estados Unidos) país donde cuenta con 187 concesiones y 227 plantas de molienda aproximadamente en una extensión de 650 Ha.; y que ha invertido en este rubro en Guatemala y Honduras y actualmente tiene la intención de hacerlo en México.

La inversión de esta empresa por la forma de explotación minera ha sido el blanco de movilizaciones sociales comunitarias en Honduras por la destrucción de bosques y la contaminación de las reservas de agua de la Comunidad donde se encuentra instalada, aunque este no ha sido el único caso, pues el Estado de California en los Estados Unidos también ha manifestado su disconformidad por la modalidad empleada por esta empresa en las concesiones auríferas que detenta en ese país mucho mas aun si se tiene en cuenta que el Proyecto Imperial promovido por esta (Glamis Gold) considera la explotación aurífera a tajo abierto y la utilización de lixiviación con cianuro -que constituye un procedimiento minero prohibido-, ya que la ley de los minerales de este Proyecto es tan baja que para lograr la producción de cada onza de oro se requiere extraer, tratar o almacenar cerca de 422 toneladas de roca, lo cual a su vez constituye una verdadera operación minera que tiende

hacia la destrucción en este caso de un territorio colindante con un área declarada como "reserva natural desértica".¹⁷³

Este procedimiento a su vez necesita de un consumo anual de 389 millones de galones de agua¹⁷⁴ razones estas que sirvieron además de que el área de concesión se encontraba ubicado en un lugar sagrado para la nación indígena Quechan y de la riqueza arqueológica que esto significaba para el estado de California, para que le fuera denegada la licencia de operación durante el gobierno de Clinton.

Esta denegación de licencia de operación para el Proyecto Imperial que debía empezar a funcionar el 2001 se funda en tres pilares importantes:

1. en el impacto contaminante de la operación minera
2. en el impacto sobre los sitios religiosos de la nación Quechan
3. motivos de justicia ambiental

lo cual si bien logra justificar en principio la decisión que tomara esta administración no será lo suficientemente fuerte como para sostenerse en el gobierno de Bush que deja sin efecto la mencionada denegación de licencia y procede a la restauración de la misma sin que medie consulta con el Estado de California y mucho menos con el pueblo tribal, ambos directamente involucrados en este tema por la generación de los niveles de contaminación en tanto al primero, y de agresión de sitios religiosos en el segundo caso.

Es ante esta circunstancia que el Estado de California en 2003 a objeto de limitar el impacto del método de tajo abierto utilizado, y estableció la Ley SB22 que exige que las empresas que lo hagan deben proceder a rellenar los huecos creados, así como deben elaborar una rediseño paisajístico del área, sobre todo en área sagrada, a partir del mandato que regula la actividad minera en ese Estado como la Ley sobre

¹⁷³ Esta Reserva natural desértica incluye 88 hectáreas de bosques y un hábitat primordial para la fauna de esa parte del desierto.

¹⁷⁴ Datos obtenidos del Estudio de Caso de inversión en la destrucción llevado a cabo por OXFAM, y publicado en octubre de 2003 en su Web www.oxfamamerica.org/publications/art5574 16:00 p.m. 20 de enero de 2006.p.2

Minería Superficial y Reclamaciones de 1975, cuyo objeto es velar la salud y seguridad pública, al igual que el “uso beneficioso de tierras”. Y que en este caso no tiene sino la intención de regular para la protección de los intereses de los ciudadanos y del medio ambiente.

Este hecho provocó que la empresa se sintiera afectada y planteara como resultado una reclamación por 50 millones de dólares contra los Estados Unidos.

C.2 Del Argumento Jurídico

El argumento jurídico que esgrime Glamis Gold para efectuar la reclamación internacional de indemnización por concepto de expropiación (art. 1110) al amparo del Capítulo XI del TLCAN fue la normativa que el Estado de California promulgó exigiendo el relleno y restauración de las minas a cielo abierto que afecten los sitios sagrados. Ya que con esa actitud se habría destruido el valor de las inversiones mineras de la empresa, toda vez que el requerimiento de relleno “(...) han elevado en demasía el costo de sus operaciones mineras, quitándoles rentabilidad”¹⁷⁵

Sin embargo, se debe indicar que “bajo el Capítulo 11, los inversionistas extranjeros pueden pedir una indemnización por los impactos sobre sus intereses comerciales causados por medidas federales, locales o estatales, incluyendo leyes y reglamentaciones orientadas a proteger el interés público y el medio ambiente”¹⁷⁶ lo cual se evidencia cuando al momento de justificar esta elección normativa el Presidente y Gerente General de Glamis Gold señalaba en su momento que este Capítulo le proporcionaba la “mayor posibilidad de obtener una indemnización que [mediante] la legislación estadounidense”¹⁷⁷

C.3 Las Causas de la Controversia

La controversia se inicia a raíz del aviso de intención de someter la reclamación a arbitraje que realiza la empresa al Estado de California el 21 de julio de 2003. la

¹⁷⁵ OXFAM, op cit. p. 2

¹⁷⁶ Ibid p. 3

¹⁷⁷ Ibid. Pág.. 5

misma se dio por el impacto que resultaría en las inversiones de Glamis Gold, más aun si se toma en cuenta que las ganancias o pérdidas de esta dependen fundamentalmente del precio generalmente “volátil” del oro en el mercado internacional.

En este sentido, según OXFAM Glamis Gold “(...) ha puesto en primer plano el tema de si las reglas de los acuerdos de inversión pueden socavar los derechos indígenas, potencialmente incluso aquellos derechos garantizados por acuerdos internacionales”¹⁷⁸ y siguiendo esta línea plantea el 9 de diciembre de 2003 la reclamación arbitral bajo las regulaciones del CNUDMI.

Actualmente todavía no se ha resuelto este caso.

C.4 Alcance Jurídico de la Controversia

La regulación sobre el relleno y restauración que aprobó el Estado de California tiene su respaldo en la Ley de 1975, pero a su vez también se encuentra relacionada con la Ley de Minería de 1872 de los Estados Unidos de Norteamérica, sobre todo en cuanto se refiere a la explotación del oro, que entre otras cosas establece que solo los ciudadanos estadounidenses pueden extraer minerales de tierras federales, legislación que prácticamente dejaría fuera a Glamis Gold como empresa originariamente canadiense, pero lo cierto es que a través de las subsidiarias establecidas en EEUU se asume la misma como una empresa nacional, es entonces a partir de esta consideración que se entiende la posición legal asumida por esta, ya que es evidente que la protección de su inversión solo puede garantizarse dentro la vía de “extranjera” a través de un instrumento jurídico de rango internacional y por tanto con carácter preeminente.

Pero lo mas preocupante de este caso es que la protección de la inversión pueda sobreponerse al respeto de los derechos indígenas sobre todo en aquello que tiene que ver con el respeto de sus sitios rituales y de sus tradiciones, pero también con el entorno que promueve un sentido de identidad importante con relación a su tierra.

¹⁷⁸ Ibid., p.5

Asimismo es importante reconocer también de acuerdo con el art. 15 del Convenio 169 de la OIT que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si esos pueblos serían perjudicados y en que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras.”¹⁷⁹ Lo cual no sucedió cuando Bush decidió restaurar la licencia de operaciones mineras al Proyecto Imperial de Glamis Gold.

Se menciona este aspecto porque es preciso recordar que ya el *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas* preparada por la Sub Comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 28 de julio de 1993 indica que los “pueblos indígenas han tenido siempre sus propias leyes y procedimientos para proteger su patrimonio y para determinar cuando y con quien pueden compartirlo”¹⁸⁰ mucho mas aun si tiene que ver con la protección del medio ambiente que incide de forma directa en la salud y que al respecto se estableció a través de un instrumento internacional que la OPS y los Gobiernos Miembros deben “fortalecer las políticas de conservación de recursos naturales y control a nivel de los países estableciendo las regulaciones del caso con el fin de evitar la sobre-explotación y depredación de plantas y sustancias medicinales por industrias farmacéuticas y otros intereses creados (...)”¹⁸¹

Un laudo positivo para la empresa sentaría una jurisprudencia internacional peligrosa en cuanto a la interpretación normativa de los derechos de los pueblos indígenas y los recursos naturales.

D. OTROS CASOS

MONDEV INTERNATIONAL, que es una empresa de origen canadiense con sede en Boston ha entablado una reclamación internacional contra los Estados Unidos de

¹⁷⁹ OIT, *Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes* 169 OIT. 27 de junio de 1989 En: *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Vitoria-Gasteiz. Editado por Eusko Jauriaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia. 1ª Edición. 1998, p.116

¹⁸⁰ DAES Erica-Irene, *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas* En: *Derecho de los Pueblo Indígenas* ob. cit. p. 188

¹⁸¹ Reunión de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Salud. Winnipeg 13 al 18 de abril de 1993. En: *Derecho de los Pueblo Indígenas*. Ob. cit., p. 169

Norteamérica desde la Notificación del sometimiento a arbitraje realizado el 20 de septiembre de 1999 por la compra de una propiedad contigua a la que ya poseía y la que había explotado con cierto éxito y sobre la cual poseía una opción de venta que no fue respetada ya que se dio un incremento en el precio de la misma. De esta forma el inversionista planteó la reclamación por 50 millones de dólares por los daños causados por lo que considera “un apoderamiento ilícito de su propiedad”.

Dadas las circunstancias este vendría a ser el segundo caso que al plantear esta reclamación internacional estaría poniendo en entre dicho al sistema judicial de los Estados Unidos, después de que lo hiciera en su momento el caso Loewen.

Es así, que en octubre de 2002 el Tribunal a cargo rechazó la demanda planteada por esta empresa, aduciendo razones de procedimiento, declarando así mismo en dicho documento que el art.1110 de expropiación no correspondía en tanto el tiempo de la controversia era anterior a la vigencia de contenido normativo del TLCAN.

Esta decisión demuestra que todavía en algunos casos se intenta demostrar que los sistemas jurídicos nacionales al momento de decidir sobre temas de propiedad internas deben ser respetados. Aunque también es cierto que este mentado “respeto” no es tal mucho más aun si se toma en cuenta que el Tribunal del TLCAN se toma la atribución de revisar las decisiones de la judicatura estadounidense.

GRAND RIVER, es una empresa tabacalera que presento una reclamación internacional de arbitraje ante la CNUDMI en contra de los Estados Unidos por 340 millones de dólares el 10 de marzo de 2004, solicitando una indemnización por la regulación norteamericana expresada en los convenios tabacaleros que intentan lograr una contribución de éste tipo de empresas a los “fondos de garantía” establecidos por las leyes de los distintos estados.

Es un caso que se encuentra pendiente de resolverse en cualquier momento.

TERMINAL FOREST PRODUCTS, es una empresa de origen canadiense que desde hace tiempo reclama una indemnización de 90 millones de dólares por daños y perjuicios por las medidas de protección “anti-dumping”, así como de los aranceles

que se van aplicando sobre todo a las importaciones de maderas blandas canadienses desde 2002.

CANADIAN CATTLEMEN FOR FAIR TRADE, aunque en este caso el arbitraje no ha empezado aun, la base de la reclamación que aun no tiene sede es de 300 millones de dólares y la ha realizado un grupo de ganaderos y propietarios de granjas de crianza de “ganado de engorde” por la prohibición de importar que estableció Estados Unidos como una medida de control preventivo para la salud de la población respecto sobre todo del peligro que representaba la enfermedad de la vaca loca declarada entonces en el mundo, después de que se presentara un caso de estos en la ganadería canadiense en el año 2003.

II. CASOS CONTRA CANADA

Al igual que en el anterior acápite en esta parte se presentaran los casos mas importantes que hasta ahora ha enfrentado Canadá desde la suscripción del TLCAN con relación a la figura jurídica de la “expropiación indirecta”, siendo así que los que se analizaran desde sus orígenes hasta la proyección que estos han tenido sobre la creación de una jurisprudencia internacional son los que corresponden a: Ethyl Corporation y SD Myers sin que ello desmerezca los otros que según consta en los datos proporcionados por la Secretaria del NAFTA y que no dejan de ser tan notables en esta línea como los que se abordaran como parte del estudio que se esta realizando. (Véase Cuadro III. 7)

CUADRO III. 7
“EXPROPIACION INDIRECTA” CONTRA CANADA

EMPRESA	SEDE	NATURALEZA DEL RECL.	MONTO RECLAMADO	MONTO OBTENIDO	ESTADO ACTUAL
ETHYL	CNUDMI	AMBIENTAL	U\$250'000.000	U\$13'000.000	Concluido
S.D MYERS	CNUDMI	AMBIENTAL	U\$ 20'000.000	U\$ 4'800.000	Concluido
POPE & TALBOT	CNUDMI	MADERAS BLANDAS	U\$381'000.000	U\$ 582.000	Concluido*
SUN BELT		RECURSOS NAT. (AGUA)	U\$10.000 millones	Ninguno	No ha empezado

Fuente: Elaboración Propia

- Pope & Talbot a pesar de que la demanda se desestimo en virtud del argumento de expropiación y discriminación, si procedió por razón de “trato mínimo”.

A. ETHYL CORPORATION (1996-1998)

El caso de Ethyl Corporation es uno de los más emblemáticos del NAFTA, en virtud de lo cual se abordará el estudio del mismo desde la perspectiva que involucra el modelo planteado, es decir que se referirá al análisis de los antecedentes de la controversia, el argumento jurídico, las causas de la controversia, el problema de la jurisdicción del caso, la resolución final, y el alcance jurídico del caso y de la resolución final.

A.1 Antecedentes de la Controversia

Ethyl Corporation, es una empresa norteamericana con sede en Virginia fundada en 1922 dedicada en principio a la producción de tetraetilo de plomo que es el aditivo que se utilizó durante mucho tiempo para lograr un mejor rendimiento de los motores, pero este compuesto químico provocó alucinaciones, convulsiones y otras reacciones en los trabajadores de la planta que esta empresa poseía en Nueva Jersey, teniéndose entonces que lamentar incluso el fallecimiento de cinco miembros de su personal. Sin embargo las regulaciones norteamericanas proporcionan datos sobre la eliminación de este químico de la gasolina recién después de muchos años porque “numerosos estudios ya habían demostrado que el plomo de los gases de escape y las gasolinas derramadas estaban contaminando los suelos y las aguas superficiales e ingresando a la cadena alimenticia”¹⁸² ocasionando con ello daños en el desarrollo neurológico de la población fundamentalmente infantil.

Es así, que esta empresa se dedicó a partir de la década de los 50 del siglo XX a la producción especialmente de tricarbonil metilciclopentadienil de manganeso (TMM) que es un compuesto químico que se agrega a la gasolina con el fin de mejorar el octano y reducir de esta forma los ruidos del motor, constituyéndose en la empresa líder en el mundo que se dedica a este tipo de producción contando con su mezcladora y filiales en Ontario y otras ciudades de Canadá. Pero desde 1977 en el

¹⁸² OMC, Ob. cit.

Estado de California (EE.UU) de conformidad con las disposiciones regulatorias contenidas en la ley estadual sobre aire limpio, se prohibió el uso de TMM en las gasolinas que no contenían plomo, siendo que la misma fue respaldada posteriormente por una a nivel nacional promovida por la Agencia de Protección del Medio Ambiente.

La prohibición a la que se hace referencia en territorio norteamericano se baso en los informes que se admitieron sobre el nivel de neurotoxicidad del manganeso en la salud publica y fue tomando en cuenta este aspecto entre otros, ya que lo que se conoce es que el manganeso aerotransportado “provoca discapacidad neurológica y síntomas similares a los del mal de Parkinson”¹⁸³, pero a pesar de ello en 1995 un juzgado nacional levanto la medida de prohibición preestablecida bajo los parámetros mencionados. Y fueron estos antecedentes sobre los efectos que el manganeso generaba en la salud publica, así como las acciones regulatorias y desregulatorias que se asumieron en los Estados Unidos de Norteamérica las que proporcionaron la alarma al gobierno canadiense, logrando que éste a través de la Ley C-29 en abril de 1997 prohibiera la comercialización interprovincial de este producto a través de las refinerías no solo por lo anteriormente expuesto, sino fundamentalmente porque este producto se considero nocivo para el medio ambiente. Hecho que se dio después de la notificación de la intención de someter a arbitraje este caso que le enviara la empresa el 10 de septiembre de 1996 bajo el amparo del Capitulo XI por ante el Tribunal Internacional del CNUDMI

La parte central de esta ley canadiense ya mencionada no sólo prohibía el comercio interprovincial, sino también la importación de los Estados Unidos o de cualquier otro país de TMM, aunque por otra parte es importante señalar que en ninguna parte de la ley es posible encontrar una prohibición explícita para el uso o la venta de este producto, aunque este ultimo aspecto se sobre entiende a partir de la interpretación de las dos primeras prohibiciones explícitamente señaladas. En esta lógica la motivación principal que esta ley refleja es que este producto ocasiona un mal funcionamiento de los equipos exigidos en los automóviles (escape), lo cual se traduce en la contaminación medio ambiental que coadyuvan al efecto invernadero,

¹⁸³ Ibid., p.41

y es en ese momento que esta medida adquiere importancia ya que es circunstancialmente contemporánea al Protocolo de Montreal que tiene especial vinculación con la contaminación ambiental -y que será antecedente del Protocolo de Kyoto- en virtud de lo cual se explica las acciones asumidas por el gobierno canadiense en este sentido así como también por la preocupación que se relaciona indirectamente con el deterioro de los niveles de salud pública.

Ante estas circunstancias de restricción de comercio interpretada así por la Empresa Ethyl Corporation, considerando esta la nueva legislación como discriminatoria, y por ello afectante a sus intereses económicos es que inicia un arbitraje internacional mediante el cual reclama por concepto del perjuicio que esta normativa le ocasiono la suma indemnizatoria de doscientos cincuenta millones de dólares americanos (\$us.250.000.000).

A.2 Del Argumento Jurídico

El argumento jurídico que utilizo Ethyl Corporation para demandar al gobierno de Canadá mediante la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje se produce el 10 de septiembre de 1996, y de la Notificación del sometimiento de la reclamación al arbitraje realizado el 14 de abril de 1997 que se dio en virtud de una ley contraria a la importación y comercialización de TMM en el Canadá, afectando sus intereses de inversor extranjero realizado ante la CNUDMI se amparo en el art. 1110 del Capitulo XI del TLCAN ya que se considero la actitud del gobierno canadiense como una expropiación indirecta de sus activos, y que el contenido normativo de este nuevo instrumento jurídico internacional le otorgaba nuevos derechos y privilegios para proteger sus inversiones.

Por otra parte, la empresa considera que dicha ley es discriminatoria ya que plantea las medidas de prohibición en relación con sus actividades comerciales principales que tienen que ver con la importación y la comercialización interprovincial del TMM a través de las refinerías, pero no así con el uso o venta que pueden darse a través de la actividad individual o empresarial canadiense lo cual ya de por si involucra la comprensión de esta noción.

Pero, este argumento que sostiene por primera vez un caso de arbitraje al amparo del Capítulo XI del NAFTA y que en virtud de ello provocó no solo una confrontación inversionista-Estado bajo los parámetros de una medida "equivalente" o "alternativa" a la expropiación que en este caso está dada por la figura jurídica de la mutación "indirecta" también condujo por la naturaleza del mismo a la producción de una serie de primeros conflictos de interpretación en función fundamentalmente de la jurisdicción respecto del Tribunal examinador del caso que aunque se dio en el marco del TLCAN se estableció con las reglas de la CNUDMI, ya que se encontraban en juego los intereses de Ethyl Corporation y del gobierno Canadiense y que sin duda planteara elementos importantes para la jurisprudencia internacional a partir de su resolución.

Sin embargo cabe indicar que el argumento jurídico esgrimido por la transnacional se dio no solo en los parámetros del art. 1110 (expropiación), sino que además se respaldó este arbitraje en el contenido normativo que permitían los art. 1102 (trato nacional), y 1106 (requisitos de desempeño) del Capítulo XI del TLCAN.

A.3 Las Causas de la Controversia

Como ya se indicó anteriormente las causas que enfrentaron a Ethyl Corporation contra el gobierno de Canadá tuvo que ver con la prohibición de importación de TMM y de la comercialización interprovincial de este producto en Canadá.

- *Prohibición de importación de TMM a Canadá*

La prohibición de la importación de TMM debido a la toxicidad del manganeso y de lo que los niveles de la misma tenía que ver con la contaminación medio ambiental, y que fuera en su momento el argumento del gobierno de Canadá, constituía en la perspectiva de la Ethyl Corporation una falacia, toda vez que para dicha empresa el manganeso no representaba ningún peligro ni para el medio ambiente y mucho menos para la salud pública, principalmente porque ese hecho no fue probado por la ciencia.

Al respecto, también es importante mencionar que este hecho de importación tenía que ver con la interferencia del derecho de comercializar un producto específico lo cual ante las circunstancias de la naturaleza empresarial complementaria porque eran la casa matriz la que producía el compuesto químico en un país (Estados Unidos) y requería para su comercialización la mezcla de la misma, la cual solo se hacía en una sola planta que estaba ubicada en Canadá en virtud de lo cual la importación era una actividad empresarial imprescindible para el logro de sus intereses económicos, en virtud de lo cual el solo hecho de prohibir esta actividad planteaba un serio obstáculo para llevar adelante la fabricación del producto y por ende de su comercialización posterior.

- *Prohibición de comercialización interprovincial de TMM en Canadá*

La prohibición de comercialización interprovincial en Canadá del TMM por Ethyl Corporation que al tener la Planta Mezcladora en este país había generado un mercado seguro por los “supuestos” beneficios que este compuesto químico le proporcionaba a la gasolina, resultando ser una medida jurídica altamente peligrosa dado fundamentalmente los niveles de pérdida económica que la misma sufriría como una de las consecuencias más visibles de la Ley C-29.

Este tipo de prohibición cerraba entonces el mercado conquistado en Canadá a través de la comercialización interprovincial generando a partir de ello además que dada la naturaleza monopolica de la producción que tenía la empresa en función de la distribución esta admitiera una competencia protegida por el Estado sin que medie eso si debe quedar claro un subsidio especial, pero el solo hecho de esta “protección emergente” planteaba la vulneración del art. 1102 del Capítulo XI, así como los principales parámetros para circunscribirse en el esquema del art. 1110.

- *¿Es una ley discriminatoria?*

Otro de los motivos de la reclamación arbitral pareciera inscribirse en el art. 1110 del TLCAN, ya que en una de sus partes claramente hace referencia a la discriminación, como un elemento fundamental para procesarse bajo estos parámetros, ya que este tipo de actitud que se considera así a partir de la no contención normativa de una

prohibición en el uso o la venta de este producto y que de hecho se sobre entiende que condiciona la desaparición de una actividad empresarial y la traslación hacia otras fuentes nacionales, notándose a partir de eso una acción paternalista que a su vez no hace sino condicionar las actividades comerciales a un principio de “nacionalidad” privilegiada antes que a una competencia leal.

A.4 El problema de la Jurisdicción

Sin embargo el debate entre el Estado Canadiense y la Empresa Ethyl Corporation continuo sobre las bases de una discusión jurisdiccional planteada por el primero, desde la perspectiva que comprendía que un Tribunal Arbitral Internacional no era competente, debido específicamente a que el Capítulo XI no podía interpretarse desde unos parámetros que según el gobierno afectaban el principio soberano de autorregulación, pues dicha ley al momento de suscitarse la audiencia sobre el tema en febrero de 1998 no estaba totalmente promulgada en virtud de lo cual la decisión sobre este punto dada el 24 de junio del mismo año establecía entre sus puntos centrales que la demanda planteada por Ethyl corporation fue realizada prematuramente con una ley que no estaba en vigor a objeto de influir en el debate legislativo.¹⁸⁴

Este reconocimiento de una demanda “prematura”, es decir como una condicionante del contenido normativo definitivo que debía admitir la nueva ley sobre el TMM, no hace sino demostrar que los intereses de las transnacionales no tienen límites en torno a lo que se refiere la necesidad de influir en el diseño del derecho interno que como la categoría de mediación social que es según Habermas, cumple una función reguladora específica según el pacto social preestablecido en la Carta Fundamental de los Estados y que en este caso en especial es importante reconocer la importancia dadas las circunstancias que implican desde todo punto de vista una pugna de poder entre las empresas transnacionales y los Estados.

Al respecto también es cierto que el párrafo 55 del mencionado laudo sobre jurisdicción afirma entre otras cosas que el “Capítulo XI no debe interpretarse sobre

¹⁸⁴ V. CNUDMI, *Laudo sobre Jurisdicción* 24 de junio de 1998. caso Ethyl Corporation vs. Canadá

la base de un principio de evitar restricciones a la soberanía”¹⁸⁵ sin embargo de ello es preciso indicar también que aunque esa sea la intención del Tribunal, la práctica deviniente del contenido establecido en este instrumento jurídico afecta la facultad de autorregulación que se asienta en el principio soberano de autodeterminación que detentan los Estados.

A.5 Resolución Final

El Laudo que plantea la decisión final sobre la reclamación arbitral planteada resuelve el caso de forma definitiva en 20 de julio de 1998 bajo el argumento de que no había una medida jurídica que involucrase expropiación dado que la ley no estaba vigente, sin embargo asume que a partir de la “prohibición del comercio interprovincial”, si restringía el comercio y en virtud de ello si podía considerarse como una expropiación que hasta entonces había ameritado exclusivamente el derecho propietario en este contexto ya que “(...) fue la primera vez que se hiciera este argumento sobre la expropiación en el marco de un convenio de inversiones para impugnar una ley ambiental, y la primera vez que se empleara en un procedimiento jurídico una aplicación ampliada del termino “equivalente a” la expropiación”¹⁸⁶, lo cual condujo a que como consecuencia de esta concepción ampliada no solo en la interpretación sino también en la aplicación el gobierno de Canadá tuviera que cancelar a Ethyl Corporation un monto indemnizatorio de 13 millones de dólares por los costos y perdidas de ganancias que le ocasionara la ley C-29 mientras estuvo vigente.

Como segunda medida Canadá tuvo que retirar la legislación sobre el TMM, lo cual constituyo de por si una derrota para la facultad autorreguladora del Estado y por otra para el principio soberano en el cual se funda aquella.

¹⁸⁵ Ibid. párraf. 55

¹⁸⁶ Cfr. IIDS, *Derechos Privados, Problemas Públicos*. Montreal. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS) y World Wildlife Fundation. 1ª Edición. 2001. p.82

A.6 Alcance del Caso y la Resolución Final

En cuanto al alcance jurídico del caso no se puede dejar de considerar que este laudo arbitral, el primero bajo el paraguas del Capítulo XI, y del art. 1110 marco sin duda el derrotero de una jurisprudencia internacional vinculada a la protección y garantía del inversor y de la inversión extranjera, ya que según el Instituto Internacional para el Desarrollo (IIDS) “los innovadores argumentos de la empresa en el sentido de la legislación ambiental podía ser una violación de las reglas sobre requisitos de desempeño y sobre expropiación”¹⁸⁷. Este hecho unido a la “invocación del Capítulo XI como parte del proceso de cabildeo en oposición a la promulgación de la legislación, fue igualmente algo nunca antes visto”¹⁸⁸ lo que no hace sino demostrar que las legislaciones diseñadas en el marco del derecho interno que intenta proteger y garantizar el bienestar público o colectivo antes que el privado o particular, perspectiva desde la cual pareciera encontrarse en una yuxtaposición de intereses, pulseta en la que ejercen mayor fuerza las transnacionales.

El laudo a favor de Ethyl Corporation es un ejemplo de ello, ya que el retiro de la legislación planteada como parte de una protección del medio ambiente como un bien público y de forma si se quiere incidental de la salud pública como un elemento esencial que debe proteger el Estado, resulta no solo inusual a la jurisprudencia internacional, sino que además marca un sendero peligroso en tanto se refiere a la construcción de los vínculos internacionales, porque a fin de cuentas un Estado como Canadá o como cualquier otro ¿desea a futuro sostener vínculos con otro estado si este hecho le atrae contaminación a su medio ambiente y a la salud de su población? ¿será posible sostener una agenda exterior de esta naturaleza? ¿Y la responsabilidad internacional donde queda?

Estas preocupaciones se acrecientan aun mas si se toma en cuenta que el laudo establece la jurisprudencia esencial para el “*pago por contaminar*” que será traducida en los derechos posteriores del derecho ambiental internacional ya que según el IIDS “La decisión del tribunal del TLCAN de aceptar la demanda y permitir que procediera a los méritos constituye una importante restricción novedosa y

¹⁸⁷ Cfr. IIDS ob cit. 84

¹⁸⁸ *Ibid.*

potencialmente peligrosa al ejercicio de las funciones básicas de los gobiernos. Para poder ejercer su derecho de gobernar, los gobiernos deben tener la posibilidad de regular un producto por razones ambientales o de salud pública, sin tener que pagar a la empresa que importa la sustancia (...)”¹⁸⁹ y este es un elemento fundamental a la hora de construir y sostener los vínculos comerciales en una relación de inversor-Estado.

Asimismo no se puede dejar de señalar que otra de las proyecciones jurídicas de este caso se dio en función de la *actitud intimidante* que ejerció Ethyl Corporation al momento de plantear la notificación con la intención de plantear una reclamación por arbitraje antes de que la Ley C-29 estuviera en vigencia a objeto de que la misma contuviera elementos favorables a sus intereses, lo cual no tuvo un efecto inmediato, pero que según “el historial de amenazas similares en el marco de la OMC demuestra que las mismas tienen un efecto paralizador de futuras políticas en función del interés público y de posibles innovaciones en las políticas públicas que estén siendo consideradas por los gobiernos, y que esto a menudo termina en que los gobiernos ceden y cambian la política en cuestión en forma preventiva (...) para evitar represalias o litigios comerciales”¹⁹⁰ y esto sin duda plantea una gran preocupación, ya que como nunca parece ser que los gobiernos se van alejando con medidas como estas y laudos en este sentido de la posibilidad de llevar adelante en el marco que le permite su potestad de una creación de derecho interno que tienda a la protección de la salud pública y del medio ambiente.

Sin embargo, lo que queda claro es que la proyección jurídica del presente caso después de todas estas consideraciones es que al ser el primero en su género abrió las puertas a que se dieran más casos bajo el amparo del art. 1110 del TLCAN y con ello ya ha demarcado la nueva tendencia jurídica internacional respecto de la relación Estado –Inversor

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.48

¹⁹⁰ *Ibidem.*

B. S.D MYERS (1998- 2000)

Este caso se estudiara fundamentalmente por la relevancia que tiene en torno a la comercialización del PCB en virtud de lo cual se abordara el mismo a partir del antecedente de la controversia, el argumento jurídico, las causas de la controversia, la resolución final y el alcance del caso y la resolución final.

B.1 Antecedentes de la Controversia

S.D Myers es una empresa norteamericana de tratamiento y eliminación de desechos de Bifenil policlorinado (PCB), con oficinas en Canadá y Estados Unidos (sede de los establecimientos de desecho), considerado peligroso en ambos países debido a sus niveles de toxicidad.

En 1995 el gobierno de Canadá impuso una prohibición de carácter temporal, pero a su vez total a la actividad de exportación de PCB a Estados Unidos, debido a las medidas de EPA en ese país (USA), vinculada principalmente a la apertura fronteriza, sin embargo en 1997 entro en vigor la reglamentación, de forma permanente –aunque visiblemente menos completa-, mediante la cual se permitió la exportación de este producto hacia Canadá, gracias a las disposiciones contenidas en el fallo del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos de Norteamérica.

Por otra parte la aplicación de esta medida por Canadá, impidió las exportaciones de desechos PCB durante el periodo de cierre y apertura de la frontera en el periodo que requirieron las transformaciones jurídicas que resultaron de las distintas interpretaciones jurídicas desde una perspectiva que pretendía la protección del medio ambiente y la salud pública.

Es así que la empresa SD Myers se sintió afectada en sus intereses y planteo una reclamación internacional bajo las disposiciones de la CNUDMI, a través de la notificación de intención el 30 de octubre de 1998.

B.2 Del Argumento Jurídico

SD Myers planteo la demanda jurídica ante la CNUDMI bajo el argumento de que había sido denegado por Canadá la posibilidad de exportar desechos de PCB a USA donde no solo poseía la sede de sus oficinas, sino también un mercado consolidado, durante el lapso de las medidas judiciales que se sucedieron siendo plenamente perjudicado y en este sentido al amparo de las disposiciones contenidas en el Capítulo de Inversiones (XI) del NAFTA.

En este sentido la SD Myers respaldó su reclamación en el art. 1110 de dicho capítulo del referido cuerpo legal, ya que considero que la reglamentación emergente de las circunstancias anteriormente mencionadas al restringirle la posibilidad comercial de exportar los desechos de PCB desde Canadá a Estados Unidos venía prácticamente a constituir una medida “equivalente” a la expropiación y en virtud de lo cual exigió la indemnización de 20 millones de dólares por pérdida de ganancias y oportunidades contractuales.

B.3 Las Causas de la Controversia

Entre los motivos principales del arbitraje invocado en este caso por SD Myers contra el gobierno de Canadá se encuentran en: prohibición de exportar desechos de PCB desde ese país hacia Estados Unidos y la discriminación.

- *Prohibición de exportar PCB*

Dicha medida se basó en las disposiciones de los EEUU, respaldada en los niveles de contaminación que estos desechos aportaban al medio ambiente, en razón de lo cual SD Myers resuelve impugnar dicha prohibición basada en los contenidos en primera instancia del acuerdo ambiental sobre comercio de desechos tóxicos.

Sin embargo esta disposición de prohibir esta actividad comercial hizo que se sustentara un argumento más sólido de restricción de la actividad comercial y en virtud de eso sería viable obtener un veredicto más que favorable.

- **La discriminación**

Esta fue otra de las causales para el arbitraje, pues en este sentido se adujo que la empresa se encontraría frente a una acción gubernamental fundamentalmente discriminatoria y en virtud de ello y de los parámetros que involucra el aspecto de la expropiación en el art. 1110 a la cual recurrió para sostener dicho argumento, pues el NAFTA al incluir un capítulo de inversiones había dado lugar a la creación de derechos y privilegios con el fin de proteger su inversión.

B.4 Resolución Final

Se debe indicar al respecto que el laudo del 13 de noviembre de 2000 señala entre otras cosas que:

- a) las medidas reglamentarias tienen poca probabilidad de ser objeto legítimo del art. 1110 del TLCAN (p. 281).
- b) La sustancia de una medida podía constituir una expropiación (p.281-283).
- c) La diferencia entre expropiación y reglamentación, es que el primero tiende a implicar la privación de derechos de propiedad, mientras que los reglamentos son una interferencia menor (p.282).

Con todos estos elementos es claro que no se podía proceder a una reclamación por expropiación sobre todo porque la medida de restricción comercial no fue definitiva sino temporal. Es así que en el mes de noviembre de 2000 el tribunal del TLCAN de forma contundente desestima la demanda por “expropiación”, pero sin embargo da lugar al argumento de la discriminación vinculada no a esta figura sino a la del trato mínimo.

Sin embargo a pesar de todo este cuerpo decisorio la empresa ganó la suma de 4’8 millones de dólares.

B.5 Alcance del Caso y la Resolución Final

Es evidente que ante estas circunstancias ya no es posible desconocer que los “convenios de inversiones se han considerado tradicionalmente como instrumentos de ultimo recurso, cuya finalidad era proteger al inversionista por medios extraordinarios en circunstancias extraordinarias. Sin embargo en virtud del capitulo XI estas disposiciones están ahora convirtiéndose en un medio para eludir nuevas reglamentaciones propuestas, ejercer presión a favor o en contra de acciones gubernamentales específicas, y en general para preservar o ganar una posición competitiva”¹⁹¹ de lo que se infiere que el incumplimiento de las obligaciones internacionales de dar un trato mínimo a los inversionistas extranjeros que no afecte los intereses económicos de éstos en ninguna dimensión constituyen un argumento sólido y fiable y viable a la hora de plantear una demanda internacional.

Pero también es claro que la jurisprudencia asentada a raíz de la desestimación en este caso de la aplicación normativa de la figura jurídica de la expropiación indirecta, solo obedece a la temporalidad planteada por las circunstancias de las respectivas medidas judiciales emergentes del sistema norteamericano y canadiense.

Por otra parte se debe indicar también que la decisión asumida a través del laudo, de la cual se busca su anulación no hace sino demostrar que los tribunales actualmente cumplen una labor de interpretación de las obligaciones internacionales a partir de la aplicación de disposiciones como las que se hallan contenidas en el Capitulo de inversiones de los TLC.

Igualmente se puede indicar en la dirección que plantea el IIDS que el caso SD Myers fue el que inauguro una jurisprudencia internacional vinculada a las medidas medio ambientales a partir de la “incorporación retroactiva de principios comerciales en la interpretación de los convenios ambientales internacionales (...) negociados en contextos diferentes (...) [para] infundir en ellos principios del derecho mercantil

¹⁹¹ Cfr. IIDS, ob.cit.p.18

acordados con posterioridad.”¹⁹² De lo que es posible inferir que este hecho no hace sino demostrar los niveles de influencia del modelo económico a la hora de establecer un diseño de derecho interno y comunitario con el único fin de regular en beneficio de la salud pública de sociedades determinadas.

C. OTROS CASOS

SUN BELT WATER INC, es una empresa norteamericana cuya reclamación se basa en la licencia de exportación de agua dulce de los ríos de la provincia canadiense British Columbia que debían realizarse mediante buques cisterna hacia los Estados Unidos de Norteamérica y que le fuera suspendida posteriormente por una moratoria que el gobierno de esta provincia impuso por sobre licencias de esta naturaleza y que con el tiempo admitió un cariz “permanente” (1991).

Ya en 1996 la provincia referida pudo solventar el problema con la empresa canadiense, pero no así con la estadounidense (SUN BELT) y es así que el 27 de noviembre de 1998 esta empresa presenta su notificación de intención de someter la reclamación a arbitraje, realizando una segunda en este sentido el 13 de octubre de 1999, documentos en los cuales Sun Belt se puede decir “cuestiona” los derechos de regular sobre la facultad de conceder licencias de exportación e importación a British Columbia.

Esta solicitud se argumenta sobre la base del art. 1110 del TLCAN ya que la empresa alega entre otras cosas que el retiro de la licencia y por ende la prohibición de exportación de agua dulce constituía una expropiación indirecta a todas luces.

La reclamación económica emergente de este arbitraje que aun no ha empezado es de 10.000 millones de dólares.

Sin embargo, la característica dual de la empresa canadiense-norteamericana plantea un serio conflicto al momento de tener que inscribir la controversia en los

¹⁹² *Ibid.*, Ob. cit. p.104

parámetros del inversor extranjero, pues habría que definir que parte es realmente la perjudicada y probablemente en su momento ensayar una doble demanda.

POPE & TALBOT, al igual que en el anterior caso se trata de una empresa maderera norteamericana que “impugna la aplicación canadiense del Acuerdo sobre Maderas Blandas”¹⁹³ en virtud de lo cual después de la notificación de la intención de plantear una reclamación a arbitraje realizada el 24 de diciembre de 1998, oficializa la misma el 25 de marzo de 1999, mediante la cual solicita una indemnización de 381 millones de dólares.

Sin embargo, el argumento central en la que respaldaron la expropiación indirecta fue sin duda que la pérdida de la capacidad de vender a su mercado tradicional venía a ser lo mismo que esa medida, o que una medida “equivalente”¹⁹⁴, lo cual afectó su negocio y por ende sus intereses o ganancias futuras.

El laudo provisorio de 26 de junio de 2000 señala respecto de la expropiación: a) Las reglamentaciones pueden usarse de una manera que constituiría una expropiación sigilosa (párraf.99)¹⁹⁵, b) “Medida equivalente a la expropiación” no extiende el ámbito de lo que el derecho internacional considera normalmente como abarcado por el concepto de la expropiación, sin importar la magnitud o la gravedad del efecto.¹⁹⁶ Y c) La interferencia en las actividades no fue lo suficientemente grave para inscribirse en la figura de la expropiación

Mientras que el laudo definitivo de abril de 2001 desestimó la demanda de expropiación y discriminación, pero reconoció una “conducta ofensiva” y en virtud de ello le concedió una indemnización de 582 mil dólares americanos a la empresa, es decir menos del 1% solicitado por ésta al gobierno de Canadá por ante el Tribunal del TLCAN.

¹⁹³ OMC, ob. cit. p.7

¹⁹⁴ Cfr. IIDS ob. cit. p. 108

¹⁹⁵ V. CNUDMI, *Laudo Provisorio. Caso Pope & Talbot. Vs. Canadá*. 26 de junio de 2000. Washington. párrafo 99

¹⁹⁶ Véase, IIDS Ob. cit. p. 109

III. CASOS CONTRA MEXICO

En cuanto a los casos presentados en contra de los Estados Unidos Mexicanos es posible advertir la existencia de varios de éstos, según se advertir en los datos consignados mas adelante (Véase Cuadro III. 8).

CUADRO III. 8
“EXPROPIACION INDIRECTA” CONTRA MEXICO

EMPRESA	SEDE	NATURALEZA DEL RECL.	MONTO RECLAMADO	MONTO OBTENIDO	ESTADO ACTUAL
METALCLAD	CIADI	ECOLOGICO	U\$90'000.000	U\$16'000.000	Concluido
AZINIAN	CIADI	RECOLECCION DE DESECHOS	U\$19'000.000	Ninguno	Rechazado
WASTE MANAGEMENT	CIADI	ELIMINACION DE DESECHOS	U\$60'000.000	Ninguno	Rechazado
KARPA	CIADI	IMPUESTOS DE IMPORTACION A CIGARRILLOS	U\$50'000.000	U\$1'500.000	Concluido*
LOMAS SANTA FE		TIERRAS/DESAR. URBANISTICO	U\$210'000.000	Ninguno	No ha comenzado aun
GAMI INVESTMENTS	CNUDMI	INGENIOS AZUCAREROS	U\$55'000.000	Ninguno	Rechazado**
CORN PRODUCTS	CIADI	AGRONEGOCIOS	U\$325'000.000	Ninguno	En curso***

- Karpa (Feldman) que en principio sostuvo una demanda por expropiación la misma que le fue rechazada por el Tribunal del TLCAN, dando curso únicamente en función del argumento de discriminación.
- GAMI Investments demando a México por no garantizar en ningún momento la rentabilidad de los ingenios azucareros así como también por la expropiación de 5 ingenios endeudados en septiembre de 2001. Se rechazo en virtud de que el gobierno Mexicano revirtió la medida expropiatoria.
- Corn, planteo la reclamación internacional bajo el argumento de la afectación a los intereses de su filial por la imposición de un “impuesto” hipotéticamente discriminatorio por parte del gobierno Mexicano, respecto de las exportaciones de HFCS a este país.

En virtud de lo cual, sobre todo por la gran cantidad de casos que se han presentado, primero bajo las distintas normas del Capitulo de Inversiones del TLCAN y luego por las que se refieren a la expropiación indirecta es que se considera muy importante abordar en este punto aquellos que por su magnitud se han convertido en emblemáticos no sólo por el alcance jurídico que representan,

sino también social y económico, razón por la cual y la implicancia que involucra se estudiaran los casos de Metalclad y Waste Management.

A. METALCLAD CORPORATION (1996-2000)

Este caso se estudiara al igual que en los anteriores puntos tomando en cuenta los antecedentes de la controversia, las causas de la controversia, el argumento jurídico del mismo, la resolución final, y el alcance del caso y la resolución final.

A.1 Antecedentes de la Controversia

Los orígenes de la empresa Metalclad¹⁹⁷ en México se remontan a Eco-Corporation la cual posee en un 100 por ciento las acciones de la sociedad de Ecosistemas Nacionales S.A (ECONSA) de nacionalidad mexicana, que fue la que adquirió en 1993 el Confinamiento Técnico de Residuos Industriales S.A (COTERIN)¹⁹⁸ a objeto de “adquirir, desarrollar y operar su estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, localizado en Guadalcazar”¹⁹⁹ San Luís Potosí, México.

Los antecedentes de este caso se arrastran desde 1990 cuando el gobierno federal de México otorgo una autorización a COTERIN para que iniciara la construcción y posterior operación de una planta destinada al tratamiento de residuos peligrosos en una zona denominada La Pedrera (Guadalcazar-San Luís Potosí) en un predio que abarcaba un área superficial de 814 hectáreas. En este sentido el 23 de enero de 1993 el Instituto Nacional de Ecología (INE) al igual que el gobierno le concedió

¹⁹⁷ METALCLAD es una empresa norteamericana constituida en el marco de las leyes de Delaware. Eco-Metalclad Corporation es una empresa de los Estados Unidos de América constituida según las leyes de UTA y esta es propiedad de la anterior. (párrafo2) CIADI, Laudo Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB(AF)/97/1. 30 de agosto de 2000. Washington Pág..3-4

¹⁹⁸ COTERIN deseaba ampliar las operaciones de su estación y transformarla en un vertedero permanente (relleno sanitario) de desechos peligrosos entre 1991-1992. Es importante también señalar que bajo la administración de esta empresa mexicana el sitio de la estación fue contaminado con 55.000 barriles o 20.000 toneladas de desechos tóxicos y potencialmente explosivos. Véase estos datos que forman parte del argumento de la denegación del permiso posterior a Metalclad. Vid. OBSERVATORIO MUNDIAL DEL COMERCIO, *Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversionistas contra Estados. Lecciones para el tratado de Libre comercio de Centro América*. Ob.cit. p.52

¹⁹⁹ V. CIADI, *Laudo Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso N° ARB(AF)/97/1. 30 de agosto de 2000. Washington p.4

el permiso federal de construcción para los fines requeridos por la empresa, y en agosto del mismo año esta instancia también le confirió el permiso de operación de dicho confinamiento.

Y en mayo de 1994 Metalclad inicio la obra, que sería suspendida el 26 de octubre de ese año debido a que el Municipio de Guadalcazar ordeno el cese de la misma aduciendo la falta del permiso municipal (parraf.40)²⁰⁰, sin embargo reinicio la obra el mes siguiente presentando paralelamente la requerida solicitud, la misma que le fuera negada 13 meses después.

Una vez concluida la obra en 1995 se llevo a cabo un acto inaugural que pretendía según la empresa ser un “evento de puertas abiertas”²⁰¹ sin embargo, en esa oportunidad se presento el pueblo de Guadalcazar en una protesta ciudadana que bloqueo la transitabilidad de los que fueron invitados a ese acto. Pero fue el 25 de noviembre de ese año que tras haberse generado una intensa negociación entre el gobierno de México y Metalclad se llego finalmente a un acuerdo, que se expreso en lo que ambos denominaron como el Convenio.

Este instrumento entre las cosas mas importantes planteaba una auditoria ambiental del sitio, la misma que debía llevarse en el parámetro de tiempo que comprendió el inicio de la obra y la conclusión de la misma a objeto de “verificar que el proyecto hubiese cumplido con las leyes y reglamentos”²⁰² así mismo establecía un tiempo determinado (5 años) para la operación de confinamiento, y cuya renovación por INE y PROFEPA estaría sujeta a que la “remediación y operación comercial se llevara a cabo simultáneamente en los tres primeros años”²⁰³ y en este sentido la empresa se comprometía igualmente a una zona de seguridad en un perímetro de 34 hectáreas, con el fin de conservar “especies endémicas”.

Pero el Municipio de Guadalcazar presento ante el SEMARNAP un recurso administrativo (diciembre de 1995) contra el Convenio suscrito entre el gobierno de México y Metalclad, que fue rechazado por esta entidad y fue entonces que el

²⁰⁰ V. CIADI, *Laudo Caso No ARB (AF) 97/1*. 30 de agosto de 2000. p. 14

²⁰¹ *Ibid.* parraf.45 p. 15

²⁰² *Ibid.* parraf 48 p. 16

²⁰³ *Ibidem* parraf.48 p.16

Municipio ante esta negativa presento un Amparo (31 de enero de 1996) y mientras tanto el INE otorgo una autorización de ampliación de la capacidad de confinamiento de 36.000 a 360.000²⁰⁴ toneladas por año. Sin embargo aunque el Municipio logro que se prohibiera a Metalclad, a través de la suspensión del permiso de operar el confinamiento de residuos peligrosos, hay que decir también que esta medida resulto ser temporal, porque las medidas establecidas en este documento fueron levantadas en mayo de 1999.

Durante todo el año 1996, después de todos estos impases tanto el gobierno mexicano como la empresa Metalclad intentaron sin éxito limar asperezas provenientes de la otorgacion de permisos y el reclamo ciudadano cuyo vocero sin duda era el Municipio de Guadalcazar, conduciendo ineludiblemente que por afectación de sus intereses esta iniciara una reclamación económica ante tribunales internacionales.

A.2 Del Argumento Jurídico

El argumento jurídico que planteo Metalclad al iniciar con la notificación de iniciar una reclamación internacional contra el Estado Mexicano fue el que le proporcionara el art. 1110 del Capitulo 11 del TLCAN.

Esta reclamación se intentaba a partir del Decreto ecológico que el 23 de septiembre de 1997 declaro como área Natural la zona de La Pedrera para la protección de un cactus único, lo cual precluyó la acción del confinamiento toda vez que se estableció este instrumento a objeto de cancelar “definitivamente cualquier posibilidad (...) de abrir el confinamiento industrial de desechos de La Pedrera”²⁰⁵, y partir de ello entonces no resultaba difícil pensar que a pesar de que el proyecto de la obra había sido en su momento aprobada y respaldada a nivel de autoridades federales, el comportamiento que el Municipio de Guadalcazar había asumido respecto de la empresa denotaba que las medidas posteriores admitían perfectamente una interpretación dentro los parámetros “equivalentes” a la expropiación indirecta tal cual se halla planteado en el referido cuerpo legal.

²⁰⁴ Datos obtenidos del expediente del Caso CIADI ob. cit. Parraf. 57 p. 18

²⁰⁵ V. CIADI, ob. cit. Parraf. 60 p..19

Sobre todo porque el Decreto ecológico “prohíbe toda conducta que pueda implicar la descarga de contaminantes en el suelo, subsuelo y en toda clase de corrientes o depósitos de agua”²⁰⁶ así mismo el artículo 15 de dicho decreto prohíbe toda actividad que “requiera permisos o licencias excepto aquella actividad relacionada con la exploración, extracción y utilización de los recursos naturales”²⁰⁷ Por estos motivos la empresa planteo una reclamación ante el CIADI bajo el argumento ya citado por un monto de 90 millones de dólares.

A.3 Las Causas de la Controversia

La controversia entre Metalclad y el gobierno Mexicano emerge de la “interferencia” de la que fue objeto la empresa de parte de este último en cuanto se refiere al desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos y que según las disposiciones contenidas en el TLCAN pueden considerarse como acto expropiatorio.

Esta acción se inicia entonces con la Notificación de su intención de someter la reclamación a arbitraje (2 de octubre de 1996) al gobierno de México siendo así que el 2 de enero de 1997 la empresa oficializa la reclamación con la Notificación del Sometimiento a Arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), ya que considera que “no existía prueba de que Metalclad hubiese incumplido con alguna obligación legal, ni algo que demostrara que Metalclad había violado los términos de algún permiso federal o estatal”²⁰⁸

A.4 Resolución Final

El laudo arbitral del CIADI de 30 de agosto de 2000 en el caso de Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos establece entre otros argumentos que:

²⁰⁶ V. CIADI, párraf. 110 (art.14) p. 32

²⁰⁷ V. CIADI, párraf. 110 (art.15) p. 32

²⁰⁸ V. CIADI, párraf. 52 p. 17

- a) la autoridad exclusiva para permitir un confinamiento de residuos peligrosos reside en el gobierno federal mexicano (parraf.105)²⁰⁹ en consecuencia el Municipio de Guadalcazar actuó fuera de autoridad. (parraf.106)
- b) considera el Decreto ecológico dictado por el Gobernador de San Luís Potosí en 1997 como un fundamento mas para su decisión respecto a la expropiación, porque “tuvo como efecto el impedir para siempre la operación del confinamiento”²¹⁰
- c) aunque respecto de este ultimo según consta en este documento no fue preciso considerar los “motivos o intención” para adoptar las disposiciones contenidas en el Decreto.
- d) Como consecuencia de los razonamientos que anteceden el tribunal arbitral concluyo que México si expropio indirectamente la inversión sin que mediara un pago indemnizatorio por dicha acción, lo cual implica la violación del art. 1110 del TLCAN.
- e) Con estos hechos Metalclad “ha perdido totalmente su inversión”²¹¹

En virtud de lo cual el laudo que según las afirmaciones que anteceden, estableció que el Estado de México cancele por concepto de los daños devinientes de la “expropiación indirecta” la suma de 16’685.000 de dólares americanos a Metalclad, provocando que las autoridades nacionales reaccionaran solicitando que la responsabilidad de dicho pago se asumiera con los recursos del Estado de San Luís Potosí, afirmación ante la cual el Gobernador de dicho Estado. Esta decisión provocó que el Gobernador de San Luís Potosí respondiera que “no hay razón judicial, política o moral para que el gobierno federal exija al gobierno de San Luís Potosí que pague la restitución (...)”²¹²

A.5 Alcance Jurídico del Caso y la Resolución Final

A partir de este caso se entiende que la noción de expropiación no solo admite únicamente la idea de confiscación de un determinado predio, sino que además se

²⁰⁹ V. CIADI, caso cit. Parraf. 105 p. 30

²¹⁰ V. CIADI, caso cit. Parraf. 109 p. 32

²¹¹ V. CIADI parraf. 113. p.33

²¹² Cfr. OMC, Ob. cit. p. 53

entiende como una “interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad”²¹³ en virtud de lo cual el Juez Tysoe afirmo en su momento que el Tribunal interpreto la figura jurídica de la expropiación desde una perspectiva “suficientemente amplia como para incluir un reordenamiento territorial legítimamente establecido por un gobierno municipal u potra autoridad competente en la materia”²¹⁴ siendo así entonces que la acción expropiatoria es una cuestión legal y su definición también lo es per se, razón por la cual el laudo del Tribunal del TLCAN no tendría suficiente fundamento al respecto.

A partir del referido laudo es evidente, que se limita las posibilidades y la facultad de controlar un determinado plan de ordenamiento territorial, así como también del uso de la tierra en razón de la vocación y la carga que admite esta. Este hecho fue el que convoco a la asociación Nacional de Condados a plantear su preocupación por escrito al Representante Comercial de Estados Unidos, expresando en dicha nota entre otras cosas que “las interpretaciones amplias del capitulo 11 por paneles de arbitraje internacionales, podrían tener un efecto desalentador en la toma de decisiones a nivel municipal, supeditar las protecciones legales de los ciudadanos de EEUU a la de los inversionistas extranjeros, y resultar finalmente en el vaciamiento y anulación de las leyes y normativas de los gobiernos municipales”²¹⁵

Por otra parte, es preciso añadir que es posible advertir en las consideraciones del laudo la competencia que se arrego el Tribunal de resolver asuntos correspondientes al ámbito del derecho interno mexicano, sobre todo en este caso fue el del a) requerimiento del mentado permiso municipal para la operación del confinamiento en el valle de La Pedrera, siendo bajo estos parámetros que determino la consecuente expropiación indirecta, pero quizás lo mas peligroso de esta incursión en el sistema jurídico nacional se da a partir de b) la afirmación de que el Municipio de Guadalcazar actuó fuera de toda autoridad (párrafo 106). Asimismo se puede mencionar también c) al indicar que “la autoridad exclusiva para situar y permitir un vertedero de desechos peligrosos reside en el gobierno

²¹³ Ibid.. p. 57

²¹⁴ Ibidem

²¹⁵ Cfr. OMC, Ob. cit. p. 57

nacional de México”²¹⁶ de lo que se infiere una innegable trasgresión ya que cualquier disputa sustantiva ya sea sobre el significado o el impacto que una ley pueda tener en un determinado escenario se da a través del sistema de administración de justicia de dicho Estado.

Igualmente, es posible observar que el esqueleto del argumento en el que sostienen las consideraciones del Panel Arbitral están basadas en las disposiciones contenidas en el Preámbulo del TLCAN, sin embargo no todas fueron tomadas en cuenta para la decisión final que se asumió, ya que también es claro que elementos como el “desarrollo sustentable” y por ende “el medio ambiente” no solo no aparecen sino que prácticamente y como dicen algunos organismos internacionales estos han sido “ignorados” por el Tribunal, lo cual es perfectamente verificable mediante la afirmación que reconoce que este “no necesita tener en cuenta las intenciones o motivos para la adopción del decreto ecológico”²¹⁷ de lo que se infiere que hay una total indiferencia con las disposiciones medio ambientales del TLCAN.

B. WASTE MANAGEMENT (ACAVERDE) (1998- 2004)

Este caso puede considerarse al igual que muchos de los anteriormente mencionados como uno de los mas emblemáticos en cuanto se refiere fundamentalmente a la vinculación que el Capitulo XI guarda con el tema medio ambiental, mucho mas aun cuando este ha admitido en su procedimiento etapas importantes que han coadyuvado a la construcción de un laudo internacional. Es debido a esto que se abordara el análisis desde los antecedentes de la controversia, el argumento jurídico, las causas de la controversia, la resolución final y el alcance del caso y la resolución final.

B.1 Antecedentes de la Controversia

Al respecto, sin embargo, cabe indicar como parte de este caso los antecedentes de “Acaverde” que es un compañía mexicana creada en 1994, la misma que se considero como una subsidiaria de Waste Management, con interés en el servicio

²¹⁶ Ibid. p. 58

²¹⁷ Cfr. OMC Ob. cit. p. 58

municipal de recolección de basura tanto en los Estados Unidos de Norteamérica, así como en otros lugares. Y en 1996 esta empresa se fusiona con USA Waste Services, denominándose a partir de entonces como Waste Management Inc.

Cuando todavía sin embargo era “Acaverde” suscribió un Título de concesión el 9 de febrero de 1995 con el Municipio de Acapulco en el Estado de Guerrero-México, el mismo que fue enmendado el 12 de mayo de 1995 por el tiempo de 15 años²¹⁸, bajo términos y condiciones de exclusividad respecto del servicio de limpieza de calles, y disposición de basura en área específica con atención a 9000 domicilios ubicados en el área turística y de la zona playera de conformidad con la cláusula 15 de dicho documento que establecía que el ayuntamiento se comprometía a no otorgar a ninguna otra persona el “derecho o concesión alguno incompatible con los derechos de la Consecionaria (...) (p.42)”²¹⁹ lo cual implica que a su vez que el Municipio se obligaba prácticamente a emitir la regulación específica para cumplir con el compromiso asumido contractualmente, en relación sobre todo a las actividades de barrido manual, recolección, transportación, uso, reciclaje o disposición final de basura generada en la zona de la concesión.

Sin embargo, el 30 de junio de 1995, es decir un mes después de haberse firmado la enmienda del Título de Concesión el Municipio en cuestión no solo aprueba sino que promulga el “Reglamento del Servicio Publico de Limpia”, cuyo instrumento en su art.8 señala que se los residentes de la zona debían solicitar en el termino de 90 días el servicio publico de limpia, siendo así que solo aquellas que contrataran los servicios de Acaverde estarían obligados a cancelar por esta actividad de forma privada bajo el tarifario que contenía como parte de sus disposiciones este cuerpo jurídico siendo estos mas bajos de los que la empresa había previsto por la prestación de dichos servicios.

Acaverde además de prestar los servicios de recolección de basura se comprometió a construir y operar un relleno sanitario permanente de desechos sólidos para todo el Municipio durante el tiempo de la concesión y hasta que el mismo se realizara

²¹⁸ MEXICO, La concesión de 15 años fue aprobada por Decreto 127 del Congreso del Estado el 15 de diciembre de 1994, Gaceta oficial de Guerrero. 3 de enero de 1995.

²¹⁹ V. CIADI, *Laudo Arbitral. Caso CIADI N° ARB/(AF)/00/3. Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos*. 30 de abril de 2004. Washington D.C . párrafo 42 p. 17

previa entrega del terreno por el Municipio este utilizaría uno de los vertederos municipales libre de aranceles lo cual ciertamente constituía una figura de Comodato proveyéndose una inversión de la empresa inicialmente planteada en \$us.12'8 millones de dólares.

El 15 de agosto de 1995 Acaverde comenzó a prestar servicio y en ese sentido ya surgieron las primeras dificultades para hacer cumplir el acuerdo de “exclusividad” contenido en el Título de Concesión debido a la resistencia que se encontró para pagar este tipo de servicios a una empresa privada, asimismo el municipio por su parte no entregó el terreno para la construcción del relleno sanitario.

Al respecto, de este vínculo que se fu consolidando en el incumplimiento contractual Almazán afirmó que: “se rectificaran la obligación de contratar los servicios de Acaverde”²²⁰ traduciéndose esto en el posterior impago de las 26 facturas presentadas por la Empresa al Municipio, la misma que respondió cancelando el total de una y parcialmente dos de ellas a través del Banco de Obras (BANOBRAS), en junio de 1996.

El justificativo que se dio para este comportamiento lo dio el Secretario de Hacienda del Municipio se debió que el servicio que prestaba Acaverde era en general incompleto, porque solo recogía la basura de las personas que tienen contratos con la empresa, lo cual condujo a que Acaverde que se fusionara en ese año con USA Waste intentara retirarse de Acapulco vendiendo el negocio. Es así que el 27 de febrero de 1997 Sanifill firmó en ese sentido una nota de intención con Setasa – empresa mexicana- para que esta pudiese ver los datos de la empresa de forma confidencial, logrando suscribir un contrato de venta el 23 de mayo de ese año por un monto contingente de 36,6 millones de Nuevos Pesos Mexicanos equivalentes entonces a 4,7 millones de dólares, aunque paralelamente se descubrió que la empresa interesada se encontraba directamente relacionada con el Municipio de Acapulco quedando entonces suspendida por este motivo la acción de venta.²²¹ Ya para noviembre de ese año Acaverde suspende los servicios consignados en el

²²⁰ Cfr. ALMAZAN, “*No es obligatoria Acaverde: ROA*”. Acapulco. Matutino El Sol de Acapulco. 13 de octubre de 1995. p.1

²²¹ Estos datos forman parte de la parte argumentativa del laudo arbitral evacuado el 30 de abril de 2004 en el Caso CIADI de Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos párrafo 66 Pág..28

Titulo de Concesión ya que después de 27 meses de servicio las facturas de esta empresa por este concepto al municipio le sumaron 49 millones de nuevos pesos, siendo que el la entidad publica respondió únicamente por aproximadamente poco mas de 7 millones, quedando el saldo impago.

B.2 Del Argumento Jurídico

El principal argumento que manejo Acaverde para establecer la reclamación fue la del art. 1110 del Capitulo XI del TLCAN, ya que según esta empresa sufrió un expropiación como consecuencia de la actitud que asumieran respecto de la emergencia de las responsabilidades económicas devinientes de la prestación de servicios pactados y que según el párrafo 141 del laudo arbitral de CIADI es evidente halla su fundamento en que “la omisión persistente de pago por parte del Ayuntamiento de los montos adeudados conforme al Titulo de Concesión equivalía a un expropiación menos del monto impagado”²²²

Por otra parte también es importante señalar al respecto que este argumento estuvo en este caso estrechamente vinculado al art. 1105 de dicho instrumento legal. Y es aplicando estos dos que la empresa reclama por los perjuicios de que fue objeto a partir del trato y el impago la suma indemnizatoria de 60 millones de dólares.

B.3 Las Causas de la Controversia

Entonces es evidente que después de la relación planteada no resultara raro que Acaverde introdujera en el CIADI la solicitud de arbitraje sobre la base jurídica que le proporciona el art. 1110, el 18 de noviembre de 1998, como resultado de haber seguido el procedimiento con la notificación de intención meses antes, aduciendo para ello el motivo principal: el del incumplimiento del compromiso establecido en el Titulo de Concesión de procurar las ordenanzas y otras regulaciones necesarias a objeto de respaldar la “exclusividad” otorgada en la zona de comprendía a las 9000 residencias, así como la de las zonas turísticas cercanas a la playa.

²²² V. CIADI, *Caso ARB (AF)/00/3* párrafo 141 p. 65

Sin embargo este primer motivo no tuvo mayor preponderancia, ya que de hecho las reclamaciones del inversiones fundadas en los art. 11105 y 11110 del referido cuerpo legal admitieron un laudo en fecha 2 de junio de 2000 que entre otras cosas abordaba al igual que en el caso de Ethyl Corporation el tema de la jurisdicción del Tribunal.

El motivo sobre el cual se sostiene claramente el argumento de la reclamación por expropiación tiene que ver con la idea de la empresa de recuperar sus costos de desmovilización, emergentes de la revocación del Título de Concesión suscrito para por el tiempo de 15 años.

México ejerció en este proceso arbitral una defensa basada en tres aspectos centrales:

1. La negación del estatus de inversionista bajo los parámetros establecidos por el Capítulo XI y para ello se funda en que esta no guardaba un interés directo en la inversión realizada en México porque Acaverde era fundamentalmente una compañía registrada en Islas Caimán que no era signataria del TLCAN
2. Asumió el incumplimiento del Título de Concesión pero a su vez argumento que esta no era en ningún momento equiparable o “equivalente” a la figura jurídica establecida en el art. 1105.
3. Finalmente, también negó que se hubiese producido en virtud de los puntos anteriormente citados una expropiación de la inversión de Acaverde.

Con estos elementos que son visibles a partir de la lectura del expediente que cursa en el CIADI, es que se resolvió esta controversia.

B.4 Resolución Final

Pero muy a pesar de los argumentos de incumplimiento que esgrimió la empresa, el CIADI estableció mediante el laudo de decisión final de 2 de junio de 2000 que prácticamente dictaminó que la renuncia de derechos era insuficiente no dice mucho sobre el tema de la expropiación indirecta.

Sin embargo el 27 de septiembre del mismo año se notifica la intención de someter la reclamación a arbitraje basado en los art. 1110 y 1105, y es al respecto que esta segunda reclamación interpuesta por Waste Management contra México hace que el Tribunal reconozca en el análisis del laudo enviado a las partes el 30 de abril de 2004 las siguientes consideraciones:

- a) que el impacto que las medidas adoptadas por México tuvieron sobre Acaverde en su totalidad (...) en este caso no hubo en ningún momento una expropiación de activos físicos.(p.156)²²³
- b) Tampoco hubo una expropiación directa o indirecta de la empresa como tal. Waste Management se retiró de Acapulco no fue porque la empresa había sido confiscada o porque la totalidad de sus actividades se vieron obstaculizadas, sino porque no resultaba económicamente viable. (p.157)²²⁴
- c) Una empresa no es expropiada solo porque no se le pagan sus deudas o porque se violan otras obligaciones contractuales para con la misma(...) No es función del art. 1110 indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivale a una paralización o confiscación virtual de la empresa. (p.160).²²⁵
- d) Una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato. El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación (...). La ley sobre incumplimiento de contratos no se esconde en los intersticios del art. 1110 del TLCAN. (p.175).²²⁶

²²³ V. CIADI, *Laudo Arbitral. Caso CIADI N° ARB (AF)/00/3*. ob. cit. p. 74

²²⁴ *Ibid.* p. 74

²²⁵ *Ibid.* p. 76

²²⁶ *Ibid.* p. 84

- e) no es función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como se refleja en el art. 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero (p.177)²²⁷

resultando como consecuencia de estas fundamentaciones el rechazo de la demanda, mucho más aun porque el laudo en si establece en sus incisos:

- b) que la conducta del demandado, objeto de reclamación no implica una violación de los art. 1105 y 1110 del Capitulo XI del TLCAN. y
- c) que por lo tanto se desecha en su integridad la reclamación de Waste Management.

C. OTROS CASOS

AZINIAN, es un inversionista que presento el 10 de marzo de 1997 presento la notificación de sometimiento de la reclamación a arbitraje debido a la ruptura contractual de un convenio suscrito para la recolección de basura en el Municipio de Naucalpan-México por el periodo de 15 años, después de que este no avalara el desempeño por DESONA en razón de lo cual la autoridad mexicana rescindió el contrato en el año 1994.

Entonces, el inversor acudió a todas las instancias judiciales del circuito, fracasando en cada una de ellas no quedándole otra que recurrir a las disposiciones contenidas en el Capitulo XI del TLCAN alegando que la rescion contractual constituía una expropiación.

Al respecto, la decisión final del Tribunal de 1 de noviembre de 1999 asumió que realmente hubo un incumplimiento contractual de parte de la empresa y que ello lo inhabilitaba para plantear este caso ante esta instancia.

Igualmente, según IIDS “el inversionista no había impugnado ni la legislación subyacente que daba cabida a la cancelación de los contratos municipales como

²²⁷ Cfr. *Marvin Feldman contra Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI N° ARB (AF)/99/1*. Laudo del 16 de diciembre de 2002 parraf.111

una expropiación²²⁸ así mismo el Tribunal del TLCAN baso su decisión en la afirmación de que el demandante había presentado ante este información considerada fraudulenta sobre la capacidad y la experiencia que tenia para poder cumplir con el compromiso asumido mediante el contrato suscrito. En virtud de lo cual la demanda por expropiación no pudo sostenerse.

Esta decisión demuestra que el incumplimiento contractual no funciona como argumento para un procedimiento de arbitraje internacional.

KARPA (FELDMAN) es un exportador de origen norteamericano de cigarrillos que el 7 de abril de 1999 plantea la notificación de someter la reclamación a arbitraje bajo la administración normativa del CIADI, solicitando por concepto de ello la suma de 50 millones de dólares debido a que el gobierno mexicano se negara en su momento a deducir los impuestos de exportación de este producto.

Y fue mediante la decisión de diciembre de 2002 que el Tribunal del TLCAN desestimo la demanda respecto de la figura de expropiación aunque la sostuvo sobre la base de discriminación en virtud de lo cual se le otorgo 1'5 millones de dólares.

Tanto **LOMAS DE SANTA FE, GAMI INVESTMENTS, Y CORN PRODUCTS**, todos ellos empresas estadounidenses con demandas de reclamación planteadas desde 2001, 2002 y 2003 respectivamente han solicitado indemnización por diversos motivos que van desde el uso de la tierra para el desarrollo urbanístico, la falta de garantía a través de disposiciones regulatorias de los ingenios azucareros, así como creación de impuestos a productos específicos como el almíbar de maíz.

Dichos casos en los que todavía no ha empezado el proceso arbitral reclaman en conjunto por concepto de daños a sus intereses comerciales al Estado Mexicano la suma de 590 millones de dólares.

²²⁸ Cfr. IIDS, ob. cit, p. 93

IV. ELEMENTOS DE LA CONTROVERSIDA

Después de estos análisis de cada uno de los casos es posible distinguir varios elementos intervinculados en cada uno de ellos a partir de los cuales los mismos han ido admitiendo particularidades únicas, y a partir de ello conduciendo desde sus decisiones a una jurisprudencia internacional que se alimenta de estos nuevos mandatos emergentes del proceso globalizador de construcción y deconstrucción constante de la normativa.

Los elementos a los que se hace referencia en esta parte tienen que ver con las prohibiciones comerciales, las regulaciones emergentes de forma preventiva u orientadora socialmente, la actividad minera, los recursos naturales, la ganadería, el medio ambiente, los impuestos

Es así, que tomando en cuenta los casos vinculados a la expropiación indirecta emergente en los tres Estados parte del TLCAN, es evidente que la secuencia de los elementos supra-citados se ha dado en los siguientes casos:

**CUADRO III. 9
INCIDENCIA DE LOS ELEMENTOS EN LAS RECLAMACIONES
INTERNACIONALES POR “EXPROPIACION INDIRECTA”**

ESTADO	COMERC	REGL.	MINER.	R.NAT	GAND.	M.AMB	IMPTOS.
EE.UU.	4	7	1	2	1	2	1
CANADA	3	4	0	2	0	2	0
MEXICO	7	7	0	2	0	1	2

Fuente: Elaboración Propia

Siendo de esta forma, que estos datos se pueden perfectamente desglosar a partir de una consideración de conjunto en función de cada Estado suscribiente a fin de establecer los matices según se hayan dado en cada uno de los casos interpuestos por los inversionistas ante el Tribunal del TLCAN en contra de los países a objeto de proceder a continuación a traducir los mismos en un breve análisis comparativo (Véase Cuadro III.10) de cada uno de los elementos, porque lo que debe quedar

claro es que no existe un solo caso que no admita una serie de matices, precisamente nacidos de la confrontación de interés.

CUADRO III. 10
ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS ELEMENTOS EN LOS CASOS DE
“EXPROPIACION INDIRECTA”

ESTADOS UNIDOS

CASO	COMERC	REGUL.	MIN.	R.NAT.	GANAD.	M.AMB.	IMPUEST.
LOEWEN	X	X					
METHANEX		X				X	
MONDEV	X	X					
GLAMIS GOLD		X	X	X		X	
GRAND RIVER	X	X					X
FOREST PRODUCT		X		X			
CANADIAN CATTLEMEN FOR FAIR TRADE	X	X			X		

CANADA

CASO	COMERC	REGUL.	MIN.	R.NAT.	GANAD.	M.AMB.	IMPUEST.
ETHYL	X	X				X	
S.D MYERS	X	X				X	
POPE & TALBOT	X	X		X			
SUN BELT		X		X			

MEXICO

CASO	COMERC	REGUL.	MIN.	R.NAT.	GANAD.	M.AMB.	IMPUEST.
METALCLAD	X	X		X		X	
AZINIAN	X	X					
WASTE MANAGEMENT	X	X					
KARPA	X	X					X
LOMAS SANTA FE		X		X			
GAMI INVESTIMENTS	X	X					
CORN PRODUCTS	X	X					X

Fuente: Elaboración Propia

A. Comercial

Los elementos comerciales que se pueden observar en la argumentación de los distintos casos admiten básicamente una relación entre la actividad desarrollada y las repercusiones económicas que estas tuvieron respecto principalmente del futuro de la empresa.

En este sentido se pueden mencionar la **revocación contractual** de eliminación de residuos que se produjera en el caso de *Waste Management (Acaverde) vs. México*, así como también en el caso de *Azinian vs. México* que en no han hecho sino establecer que la capacidad competitiva es importante al momento de reflejar sobre todo un determinado nivel de compromiso respecto de los servicios ofertados, pero también por contraparte ha involucrado una crítica sobre la responsabilidad de las entidades públicas respecto del cumplimiento de las condiciones pactadas.

Asimismo se tienen las repercusiones en las actividades empresariales de medidas planteadas por los distintos gobiernos como son las **prohibiciones** que se han dado ya fuera en razón de acciones importadoras de determinados productos, ya fueran estos, químicos, naturales o de otro género, siendo uno de los casos más importantes en este sentido el de *Ethyl Corporation vs. Canadá* y el de la comercialización de su producto MMT y siguiendo esta lógica comercial también se puede incluir en este el caso de *Methanex vs. Estados Unidos* y su producto estrella MTBE. En este sentido se debe además tener en cuenta que las prohibiciones sobre las importaciones se vinculan como en el caso de *Terminal Forest Products vs. Estados Unidos* al comercio de las maderas blandas canadienses.

Por otra parte las prohibiciones no solo se han dado en virtud únicamente de la importación, sino que además se han involucrado con la actividad comercial emergente de la exportación como es el caso *SD. Myers vs. Canadá*.

Igualmente el aspecto comercial en las distintas reclamaciones internacionales que se han suscitado al amparo del Capítulo XI del TLCAN se han traducido en la estructuración de monopolio en la prestación de servicios funerarios, como es el

caso *Loewen Group*, pero también se ha originado en las autorizaciones de “operación” de desechos tóxicos presente en el caso de *Metalclad contra México* cuyo retiro o limitación de la actividad ha involucrado en todo momento al igual que en los anteriores puntos una vinculación directa con el art. 1110 del TLCAN ya que lo que ha quedado demostrado es que el “acceso” a los mercados se da a través de las inversiones, en este caso extranjeras.

B. Regulador

Este elemento es una constante en la reclamación internacional, pues casi todas ellas emergen de esta facultad que posee el Estado de autorregulación interna con el objeto de cumplir con los fines del Derecho, como es el bienestar común.

Es así, que la presencia de este elemento ha admitido diversas tonalidades, pues se tiene la **regulación preventiva**, ya sea para proteger el medio ambiente, o también la salud de la población, pudiendo consignarse en esta lógica los casos de la Ley canadiense que prohíbe la importación de TMM en el caso de *Ethyl Corporation vs. Canadá*, con el fin de proteger la salud pública y el medio ambiente, así como también indirectamente la industria automotriz respecto de los equipos utilizados. Igualmente en esta línea se tienen las disposiciones de San Francisco California acerca del empleo del MTBE, que ha generado la controversia con la transnacional *Methanex*.

Pero, es evidente, que el ejercicio de las potestades estatales se expresan en la elaboración de normativas emergentes de la necesidad de establecer una protección que deviene de la presencia de hechos atentatorios al bienestar común y que se traducen no solo en esas prohibiciones a las que se hacía referencia, sino que estas se traducen en las regulaciones que pretenden evitar la traslación de virus internacionales como el de la enfermedad de la vaca loca (caso *Candían Cattlemen for Fair Trade vs. Estados Unidos*).

En esta lógica se pueden entender las normativas ecológicas en tanto la finalidad que pretenden alcanzar se encuentra en la conservación del medio ambiente como uno de los recursos elementales para el desarrollo sostenible de las sociedades y

entonces bajo estos parámetros no es difícil comprender el alcance regulatorio del Decreto Ecológico que motivó el caso *Metalclad* en contra de México.

La **regulación económica** que ha motivado varias reclamaciones internacionales bajo las disposiciones del Capítulo XI del TLCAN se han dado a partir de las medidas anti-dumping y arancelarias que se tomaron en virtud de la importación de maderas blandas como lo amerita el caso de *Terminal Forest Products vs. Canadá*, pero de igual forma se han generado desde la perspectiva que involucra no solo la interpretación normativa sino también la aplicación de las disposiciones contenidas en los diversos instrumentos jurídicos internacionales como lo es el del Acuerdo sobre maderas blandas como es el caso de *Pope & Talbot vs. Estados Unidos*.

Igualmente, se puede observar en estos casos sobre todo en el de *Grand River vs. Estados Unidos* que las regulaciones de este tipo se han dado en la línea de promover aportes tabacaleros al fondo de garantía de los distintos Estados y que según la empresa afectaría prácticamente su estructura económica a partir de la interferencia en sus niveles de ganancias futuras.

Por otra parte, también se encuentran las **regulaciones de protección de los recursos naturales** que han jugado un rol protagónico, originando en las empresas multinacionales una susceptibilidad acerca de su inversión en el entendido que estas dependerían de la voluntad de los Estados y del diseño de una política de conservación y distribución interna.

Es en este sentido, que muy bien se pueden citar los casos de impugnación a la moratoria de exportación de agua dulce que planteo British Columbia (Canadá) a la empresa estadounidense *Sun Belt Water*.

Pero, también este tipo de regulación se ha relacionado con el recurso tierra en el caso de *Lomas Santa Fe* a partir de la decisión adversa que recibió en su intención de establecer en un determinado predio un nivel de desarrollo urbanístico, lo cual no puede sorprender toda vez que la distribución, redistribución de este recurso es potestad soberana del Estado Mexicano.

Asimismo, es importante indicar que bajo esta premisa también se encuentra las normas estadounidenses basadas en la Ley sobre explotación minera del siglo XIX y sobre la cual se ha estructurado las diferentes regulaciones en los distintos Estados, lo cual ha conducido a la generación del caso de la empresa canadiense *Glamis Gold* contra los Estados Unidos.

No se puede dejar de mencionar que entre las facultades reguladoras de los Estados se encuentra el crear aquellas disposiciones que tiendan a proteger a las personas y es que así se tienen los **derechos de los pueblos indígenas** que dentro el espectro que aborda este estudio de casos es posible demostrar que se ha convertido en una parte esencial de las reclamaciones internacionales en tanto involucra la afectación de los mismos respecto sobre todo del entorno y el principio de identidad que implica su relación con la tierra, los rituales y la tradición. (*Glamis Gold vs. Estados Unidos*).

C. Actividad Minera

Este es otro de los elementos que se encuentra presente en la reclamación internacional por expropiación indirecta (*Glamis Gold vs. Estados Unidos*) y que antes que ver con la regulación que genera la misma tiene relación con los aspectos negativos que produce la práctica minera mediante la utilización de determinados procedimientos.

Al respecto, es claro que la actividad empresarial que se limita mediante una regulación específica o se condiciona implica necesariamente un nivel de interferencia importante en el diseño y adquisición de la política de las ganancias futuras.

Glamis Gold constituye pues uno primeros casos en lo que refiere a la materia minera, con imbricancias socio-culturales muy importantes para el desarrollo y mantenimiento de la tradición de la nación Quechan.

D. Recursos Naturales

El tema de los recursos naturales esta presente en las reclamaciones internacionales de los tres Estados (Estados Unidos, Canadá y México) ya que a partir en el caso de *Glamis Gold* se ha visto afectado el recurso tierra mediante el uso de determinados procedimientos de explotación minera, pero también se ha visto comprometido el **recurso agua** en torno a la utilización y contaminación de este elemento vital en la aplicación de dicho procedimiento y cuya limitación ciertamente afecta a éste y por ende a los intereses de la empresa emergentes del mejoramiento de la ley de la onza del oro.

La doctrina de contaminación indiscriminada de los recursos naturales en los últimos tiempos, que no pretende admitir ninguna limitación, ha provocado que San Francisco California al prohibir la utilización de MTBE -como aditivo de la gasolina alegando la contaminación de las venas de agua subterránea de la ciudad-, se involucre en una controversia internacional con *Methanex*.

Asimismo, es claro que el recurso agua no solo esta presente en este conjunto de controversias solo por los niveles de contaminación de que ha sido objeto sino también por que a partir de ser un elemento vital para la sobre vivencia humana, de conformidad con la tendencia económica comercial de este mundo globalizado, se ha convertido en otro objeto de comercio en el mercado internacional, y en este sentido se han expedido autorizaciones de exportación y de importación según los casos, pero este hecho ha admitido en ese juego económico prohibiciones temporales y permanentes tendientes a suprimir este tipo de actividades. Es así que se puede citar en este contexto el de *Sun Belt Water vs. Canadá*

Otro de los recursos naturales presentes es el de la **tierra** vinculada especialmente a la distribución y redistribución de la misma en función de la vocación de esta (ganadería, minería, urbanizaciones) es así que se puede identificar en esta dimensión el caso originado en la normativa que respaldo la expropiación de unos predios destinados a la constitución de una urbanización que no hizo sino provocar perdidas a la empresa norteamericana *Lomas de Santa FE* conduciéndola a plantear

una reclamación internacional ante el Tribunal del TLCAN en contra del Estado de México.

E. Actividad Ganadera

En cuanto a este aspecto es importante indicar que hasta ahora solo se tiene planteado un caso y es el *Canadian Cattlemen for Fair Trade* en contra de los Estados Unidos y que emerge a consecuencia de la prohibición que estableciera este país a la importación de ganado en pie debido a que en Canadá se hubiera registrado la presencia de la enfermedad de la vaca loca (EEB).

La prohibición se dio desde los parámetros de protección de la salud de la población, pero la empresa tomo la medida como perjudicial a los intereses económicos emergentes de la limitación a su actividad especializada en un mercado específico.

F. Medio Ambiente

En torno al tema del medio ambiente se debe indicar que este es prácticamente el motivo que los países han utilizado a fin de dictaminar determinadas regulaciones como se ha dado en los casos de Ethyl Corporation (MMT), Metalclad (Desechos Peligrosos) y el de Methanex (MTBE), cada uno de ellos ciertamente peligrosos para el medio ambiente a través de los niveles de contaminación que aportaban con su uso en el primer caso por aire, mientras que en el segundo tenía que ver con una especie vegetal única en el mundo ubicada en un santuario ecológico. Pero el tercero tuvo relación con el riesgo de elevar la contaminación ya presente por la alta solubilidad del MTBE en las venas de agua de la ciudad de San Francisco.

Pero para las empresas las disposiciones que se crearon con la función de proteger este y que paralelamente trajo aparejada una serie de costos que implicaban una afectación al niveles de ganancias futuras programadas desde la perspectiva de la inversión ya establecida hicieron que se plantearan la posibilidad de aferrarse a figuras jurídicas como la expropiación indirecta contenida en el TLCAN, ya que se considera como una medida de protección y garantía para la inversión extranjera.

G. Los Impuestos

Los impuestos si bien forman parte de la potestad reguladora de los Estados en el aspecto económico y que de alguna forma debiera incluirse en el punto b) (*ut supra*), lo cierto es que se ha determinado como aspecto independiente en razón de los casos que se han planteado bajo este argumento.

En este sentido muy bien se pueden referir los casos de *Karpa Feldman vs. México* que planteo una reclamación internacional afirmando que el gobierno se negaba a deducir los impuestos de importación del producto que comercializaba esta firma (cigarrillos) lo cual implicaba una “expropiación” y también “discriminación” y en esta línea se oriento el caso que logro su objetivo de ser indemnizado por el Estado.

Por otra parte el problema impositivo no ha quedado únicamente reducido a ese caso sino que además se tienen los que involucran a las empresas *Corn Products* y *ADM* y *A.E Staley* ambas interpuestas contra el Estado de México, por la “imposición” de un impuesto en relación a la exportación de un edulcorante a base de almíbar de maíz rico en fructuosa (HFCS), acción que la empresa considera como expropiatoria así como parte de un comportamiento discriminante para con la inversión extranjera.

V. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN EL TLCAN

En esta parte se realizara un análisis del procedimiento arbitral empleado en los casos emergentes a partir de la aplicación del art. 1110 del Capítulo XI del NAFTA, tomando en cuenta para el efecto: las instancias participantes, los elementos de consideración en las controversias y los matices de los laudos.

A. De las Instancias participantes

Las bases jurídicas sobre las cuales se administra el proceso arbitral de las Controversias emergentes de la relación Estado-Inversor dentro el marco normativo del TLCAN se vinculan a las normas del Convenio del Centro Internacional sobre

Arreglo de Diferencias Relativas a inversión (CIADI) y al de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

A.1 Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversión (CIADI)

Este Centro fue creado por el instrumento jurídico denominado “Convenio” el 18 de marzo de 1965, entrando en vigor recién a partir del 14 de octubre de 1966, una vez que fuera ratificado por varios Estados²²⁹ ya que su art. 1 hace especial referencia a este hecho, mientras que el art. 25 del mismo cuerpo legal se refiere específicamente a la jurisdicción que tendrá el mismo cuando señala esta se “(...) extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante acreditados y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro (...)”²³⁰ a arbitraje la controversia y es en este sentido que dicho procedimiento se halla regulado en el Capítulo IV de dicho instrumento.

Por otra parte, es importante señalar en cuanto se refiere tanto a la conformación del Tribunal que este se encuentra consignado en el procedimiento que se debe seguir, así como también las facultades y funciones de los miembros de éste, siendo el art. 42 muy claro indicando sobre todo en su numeral 1 que “El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes (...)”²³¹ mientras que en el numeral 2 se indica que “el tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley”²³² de lo que infiere que este Tribunal en ningún momento podrá dejar de pronunciarse sobre el contenido de la controversia que lleva adelante el inversor en contra de un determinado Estado.

Sin embargo, por la cantidad de procesos que se originan a consecuencia de las políticas de inversión extranjera en cada estado y que ha requerido como en este caso la inclusión de un capítulo específico en el TLC suscrito entre Canadá, México y

²²⁹ Actualmente el Convenio del CIADI ha sido ratificado por más de 100 Estados.

²³⁰ V. Art. 25 De la Jurisdicción. del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversión*. Washington. 1965

²³¹ V. Art. 42 (1) Capítulo IV El Arbitraje del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversión*. Ob. cit.

²³² *Ibíd.* art. 42 (2)

Estados Unidos ha conducido a que el CIADI elaborara un Reglamento del Mecanismo Complementario que no solo incluye la parte principal, sino también tres anexos especializados uno de ellos (Anexo C) especialmente dedicado al Reglamento del Arbitraje que entro en vigor el 1º de enero de 2003.

La finalidad de este Mecanismo Complementario se halla perfectamente explicado en el art. 2 de este instrumento jurídico cuando se indica a modo de justificación que este fue elaborado “(...) para administrar con sujeción a este Reglamento y de conformidad con el procedimiento entre un Estado (...) y un nacional de otro Estado contratante (...) los: a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de inversión (...) b) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión (...)”²³³ ambos incisos no hacen sino demostrar que el alcance del arbitraje del Centro se ha ampliado probablemente debido al incremento de casos presentados y que si se considera la redacción del ultimo inciso se podrá advertir que en gran parte hay un movimiento de controversias en Estados que no han ratificado el Convenio, pero que desean someter su conflicto bajo las normas del CIADI, lo cual ha conducido a la apertura de este.

Pero, quizás, el gran protagonista de este incremento en el movimiento de las causas sea la política liberalizadora y por ende privatizadora empleada en los últimos años a través de Programas de Ajuste Estructural (PAE) amparadas por el Banco Mundial (BM).

En cuanto se refiere sobre todo al tipo de casos por “expropiación indirecta” devinientes del TLCAN sometidos ante el CIADI, se puede advertir hasta ahora 7 casos, en virtud de los cuales el Centro se ha pronunciado rechazando la reclamación en la fase inicial, y en algunos casos tal como se indica en el art. 42 (2) del Convenio a emitido un laudo. Aunque también es evidente que todavía bajo estos parámetros queda un caso pendiente contra México (Véase Cuadro III.11).

²³³ V. Art. 2 del *Anexo C Reglamento sobre Arbitraje*, Reglamento del Mecanismo Complementario. CIADI. Washington. 2003

CUADRO III. 11
SITUACION DE LOS CASOS DE “EXPROPIACION INDIRECTA”
PRESENTADOS ANTE EL CIADI

ESTADO	Nº DE CASOS	DEMANDA NO ACEPTADA	RECLAMACION CONCLUIDA	PENDIENTES
ESTADOS UNIDOS	2	2	Ninguno	Ninguno
CANADA	0	Ninguno	Ninguno	Ninguno
MEXICO	5	2	2	1

Fuente: Elaboración Propia

A.2 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Por otra parte, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha establecido una Ley modelo sobre Arbitraje del Comercio Internacional como producto de la necesidad de armonizar a nivel mundial la normativa sobre arbitraje, ya que considero la existencia de estas disposiciones en las distintas regulaciones como “insuficiente” debido a la característica “dispar” de estas en las leyes nacionales.

Asimismo, se creó esta Ley modelo a fin de aportar un régimen procesal especial en cuanto se refiere al arbitraje comercial internacional sobre todo en lo referente al diseño del contenido de los acuerdos arbitrales, de la composición y competencia de los tribunales arbitrales, de la sustanciación del procedimiento en si, además del pronunciamiento, impugnación, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en las legislaciones internas respecto del resultado emergente de una controversia internacional en este sentido.

Entonces, no es de extrañar que en esta lógica que esta ley haya considerado en su art. 1 el ámbito de aplicación de la misma cuando establece en el numeral 1 de esta que “la presente ley se aplicara al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral (...) [numera] (3) un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo sus establecimientos en Estado diferente; b) uno de los lugares siguientes esta situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus

establecimientos (...); c) las partes han convenido expresamente en que las cuestiones objeto del acuerdo del arbitraje esta en relación con mas de un Estado”²³⁴. Siendo a partir de este diseño normativo es que no resulta fuera de lugar que algunos de los países del que viene el inversor no hubiese ratificado el Convenio de la CIADI, y decidiera entonces someter la controversia bajo el contenido del marco normativo de la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre todo en los casos específicamente ligados a la noción de expropiación indirecta, tal cual se advierte de los datos que refiere el Cuadro III.12.

CUADRO III. 12
SITUACION DE LA EXPROPIACION INDIRECTA BAJO LA NORMA DE LA LEY
MODELO SOBRE ARBITRAJE DE LA CNUDMI

ESTADO	Nº DE CASOS	DEMANDA NO ACEPTADA	RECLAMACION CONCLUIDA	PENDIENTES
ESTADOS UNIDOS	4	1	Ninguno	3
CANADA	3	Ninguno	3	Ninguno
MEXICO	2	1	Ninguno	1

Fuente: Elaboración Propia

Sin embargo, los datos del Cuadro que antecede solo pueden interpretarse desde la variable que plantea la preferencia del inversor y el de las circunstancias, pero no así de otras.

B. Elementos de Consideración en las Controversias

Los elementos que se pueden visualizar en torno a las resoluciones finales que emiten los Tribunales tanto del CIADI como del CNUDMI plantean dos aristas importantes que tienen que ver con la aceptación o el rechazo de la reclamación internacional de aquellas causas que han basado su argumento en el art. 1110 del TLCAN.

Al respecto cabe indicar que cualquiera que fuese la institución y las normas elegidas es preciso señalar que los aspectos centrales de la decisión contenidas en

²³⁴ V. Art. 1 num.1 y 3 de la *Ley modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional*. Documento de la ONU A/40/17 anexo 1. 21 de junio de 1985

los laudos arbitrales resultan de consideraciones de fondo y forma de las actuaciones procesales y en este sentido cada una de estas instancias ha otorgado un cariz muy propio a esta actividad. (Véase Cuadro III.13)

**CUADRO III. 13
ASPECTOS CENTRALES DE LA ARGUMENTACION
INSTITUCIONAL**

CIADI

Argumentos de Aceptación	Argumentos de Rechazo
Procede la expropiación indirecta por la falta de un marco regulatorio poco claro que brinde seguridad jurídica a través de la previsibilidad.	Por cuestiones de Procedimiento
Procede la expropiación indirecta cuando las circunstancias se inscriben en los parámetros de la discriminación.	Haber perdido la calidad de inversionista extranjero.
Cuando la acción reguladora admite una indemnización	Proporcionar información fraudulenta
	Premisas no sustentables

CNUDMI

Argumentos de Aceptación	Argumentos de Rechazo
Razones Técnicas	No se inscribía en la figura jurídica de la expropiación indirecta según lo establecido por el TLCAN.
Cuando la acción reguladora admite una indemnización	No procede la expropiación indirecta cuando la regulación que la propicio es revertida.

Fuente Elaboración Propia

A partir de estos datos -contenidos en el Cuadro N° 13-, es evidente, que existen elementos en los que coinciden, pero esas pueden considerarse una excepción ya que la diferencia deviene de la concepción general que se funda en sistemas de interpretación normativa diversa, que han condicionado la aceptación o rechazo de las causas presentadas.

B.1 Argumentos de Aceptación

En cuanto a este punto se debe indicar que los argumentos de aceptación utilizados tanto por el CIADI como por el CNUDMI respecto de la reclamación internacional de

sometimiento a arbitraje se encuentran: a) la falta de un marco regulatorio que brinde certeza jurídica, b) la discriminación, c) una acción reguladora que admita indemnización y finalmente d) las razones técnicas.

B.1.1 Falta de un marco regulatorio que otorgue seguridad jurídica

La falta de un conjunto normativo que brinde la seguridad jurídica a las inversiones ha sido la constante en los últimos años sobre todo a la hora de establecer los mecanismos de protección y garantía para este tipo de actividad comercial, toda vez que este tipo de normas plantean un sentido de previsibilidad importante pero además a ello se ha debido el diseño del contenido de los Capítulos de inversión incluidos en los diferentes TLC suscritos entre los Estados a partir del hito que marcara en este sentido el Capítulo 11 del TLCAN.

Al respecto es preciso indicar que la seguridad no es un hecho psicológico: más bien es un sentimiento²³⁵, y considerando a partir de esta afirmación que este elemento frente a la justicia es altamente subjetivo, aunque otros digan lo contrario y sostengan que al ámbito de lo subjetivo corresponde la idea de la justicia. Sin embargo no se debe olvidar que la noción de derecho se establece sobre la base de la justicia, porque va más allá de los hechos materiales.

Porque aunque todavía hoy en pleno siglo XXI, se entiende que la seguridad y la justicia, junto al bien común constituyen los fines del derecho, y en este sentido los valores principales de la sociedad que se regula, no es menos evidente que aun permanece en el aire la interrogante ¿esta la seguridad, primero que la justicia o es a la inversa?, esta disyuntiva emerge en el derecho internacional y el derecho comunitario con mas fuerza en tanto las relaciones en procesos de construcción entre las multinacionales y los Estados se involucran en conflictos que requieren de asumir una posición de los últimos frente a los primeros, en virtud principalmente del bien común.

En este sentido parece importante definir la seguridad, que en palabras de J. T. Delos es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que si estos llegan a producirse, le serán

²³⁵ Véase, Le FUR Louis ob. cit. p. 19

asegurados por la sociedad, protección y reparación²³⁶, siempre en esta línea Agustín Basave indica que el ordenamiento jurídico responde a la ineludible necesidad de un régimen estable, a la eliminación de cuanto signifique arbitrariedad.²³⁷ Sin embargo es preciso aclarar que esta seguridad tiene que ver con procedimientos societarios que devienen de la regulación manifiesta a través de las leyes internas y en su caso de los tratados suscritos a nivel internacional, es por eso que la noción de seguridad no se puede entender al margen de la noción de sociedad, toda vez que de acuerdo con Delos esta ligada un hecho de organización social²³⁸, ya que el principio rector en los casos del derecho internacional y el derecho comunitario tiene que ver con la soberanía interna y la supranacionalidad externa.

Quizás a partir de estas consideraciones es posible advertir que la seguridad objetivamente se confunde con la existencia de un “estado de organización social” que se traduce en la sensación subjetiva de “vivir en seguridad”. Sin embargo una de las consecuencias más importantes que emergen de esta noción es la relación que se construye entre el individuo y un estado social²³⁹ donde la vida, la propiedad y la libertad se consideran como los presupuestos morales anteriores a la organización de la seguridad.

Al respecto Gustav Radbruch afirmaba que la tendencia de hoy es la de orientar el orden de la sociedad únicamente en el sentido de lo que se tiene por el bien común y negar los principios autónomos de la justicia y la seguridad.²⁴⁰ Y siguiendo esta línea conceptual el mencionado autor afirma que hay tres formas de concebir la seguridad: la primera de ellas tiene que ver con la seguridad por el derecho en tanto se considera que tiene especial relación con los peligros de la calle a partir de lo cual puede entenderse como un elemento del bien común, la segunda noción de seguridad se vincula a la certidumbre del derecho que deviene del contenido del derecho vigente y por tanto de la validez del mismo, razón por la cual es ahí donde emerge la tercera noción que se conoce como la seguridad contra las

²³⁶ Cfr. DELOS J.T. et. al, *El Problema de los Fines del Derecho: Su lugar en la filosofía del Derecho*. En: “Los Fines del Derecho”. México. Editorial Facultad de Derecho. UNAM. 3ª Edición. 1997. p. 47

²³⁷ Cfr. BASAVE F. Agustín. La dimensión jurídica del Hombre (cap. II) En: *Filosofía del Derecho*. México. Editorial Porrúa. 1ª Edición. 2001. p. 23

²³⁸ Cfr. DELOS J. T ob. cit. p. 47

²³⁹ Cfr. DELOS J.T. ob. cit. p. 48

²⁴⁰ Cfr. RADBRUCH Gustav, et. al. *El Fin del Derecho* En: “Fines del Derecho”. Ob. cit. p. 58

modificaciones, ya que todo acto legislativo de modificaciones comprende determinadas precauciones en cuanto a los procedimientos, toda vez que se tiene un sistema donde impera la división de poderes y por lo tanto también de competencias y atribuciones específicas.

Sin embargo se debe señalar también que la seguridad no implica en ningún momento un valor absoluto como lo es el concepto de justicia, desde que se concibe como un valor significativo de toda civilización, es por eso que Burkhardt afirma que la seguridad exige como condición previa de todo bienestar, la subordinación de lo arbitrario a un derecho protegido por la policía, el trato de todas las cuestiones de propiedad según una medida establecida de manera objetiva, y la mas grande seguridad de los negocios y del comercio.²⁴¹

Este es uno de los argumentos en los que sostiene la aceptación de una reclamación internacional de sometimiento al arbitraje por parte del CIADI.

Este elemento ha servido de base para las distintas causas que se han presentado ante el CIADI y la CNUDMI.

B.1.2 Discriminación

La discriminación es otro de los argumentos presentes en las reclamaciones internacionales para arbitraje ya que la acción reguladora de un determinado Estado en función de la inversión extranjera considerada en una lectura comparativa con la actividad y protección de que gozan los nacionales, hace que se haga uso de este.

Quizás uno de los casos mas emblemáticos por discriminación, viene siendo por una parte *Ethyl Corporation* y el de *SD Myers* contra Canadá, así como también se puede citar el caso *Methanex vs. Estados Unidos*, pero en este sentido también se tiene el caso presentado por Karpa contra México, misma que argumentara sobre la ausencia de un procedimiento similar –impositivo- que el gobierno Mexicano hubiese tenido respecto de las empresas nacionales dedicadas al mismo rubro comercial, y

²⁴¹ V. BURKHARDT, citado por Gustav Radbruch, ob. cit. p. 67

que al no haber podido probar se procedió a aceptar el reclamo. Y en esta línea también se puede mencionar el caso Lomas Santa Fe contra México.

Por otra parte al igual que en el anterior punto (B.1.1) este forma parte del alegato bajo el cual el CIADI administra el procedimiento arbitral en torno al caso de expropiación indirecta y que como ya se expresara ha jugado un rol preponderante en los casos que anteceden sin que por estar estos citados se deje de lado a otros.

B.1.3 Acción Reguladora admite indemnización

Al respecto de este tema es evidente que se debe a que en el ejercicio de su potestad los distintos Estados han determinado una regulación específica sobre diversos aspectos a partir de la cual se estaría vulnerando a través de sus contenidos la inversión extranjera en el territorio receptor.

Las acciones de este tipo comprenden fundamentalmente los casos de prohibición de importaciones y exportaciones en virtud de lo cual se ha restringido la actividad comercial de las empresas, afectando de forma directa a las del rubro en sus intereses económicos no solo actuales sino también expectaticios.

Al respecto de estos se han dado varios casos entre ellos se pueden mencionar el Decreto ecológico que propicio la controversia entre Metalclad y el Estado mexicano, o bien la Ley C-29 de Canadá que condujo a este Estado a un arbitraje que le planteo Ethyl Corporation entre otros a partir de los cuales se establecía un monto indemnizatorio que el Estado debía cumplir así como también en algunos otros casos se llegó incluso al retiro de la normativa por parte del Estado.

Este tipo de argumento lo ha utilizado tanto el CIADI como el CNUDMI en los distintos casos que les ha tocado

B.1.4 Razones Técnicas

Las razones técnicas fueron argumentadas por el Tribunal que aplicó el procedimiento arbitral de conformidad con la Ley modelo de la CNUDMI

fundamentalmente presente en el caso de *Methanex vs. Estados Unidos*, ya que en el laudo definitivo sobre la reclamación alego que el mismo debía presentarse nuevamente debido a que por razones técnicas no procedía la expropiación indirecta sobre la cual se baso el caso ya que la empresa solo era productora del producto químico Metanol, que es uno de los cuatro que se requieren para la composición final de MTBE.

Estas razones técnicas obedecen a cuestiones de procedimiento y de enfoque en la argumentación del caso presentado, pero también en la del laudo emergente de las consideraciones legales realizadas por el Tribunal Arbitral.

B.2. Del Rechazo

Los argumentos de rechazo o improcedencia en las reclamaciones internacionales de sometimiento arbitraje al amparo del art. 1110 del TLCAN de parte de los Tribunales Arbitrales del CIADI y la CNUDMI se han dado en el primer caso por a) cuestiones de procedimiento, b) haber perdido la calidad de inversionista extranjero, c) otorgar información fraudulenta, y d) de las premisas no sustentables. Mientras que en el segundo caso se ha podido observar a) las regulaciones revertidas así como también b) la falta de parámetros que permitan inscribir la causa en la figura jurídica de expropiación indirecta.

B.2.1 Cuestiones de Procedimiento

Este argumento se encuentra expresado en las consideraciones legales que ha realizado el Tribunal Arbitral en los casos del CIADI sobre todo vinculados al contexto de la normativa interna y su relación con las disposiciones jurídicas del TLCAN.

Al respecto se puede indicar que uno de los casos que se puede identificar bajo este argumento emergente de la resolución final del Tribunal Arbitral son los que se obtuvieron en el Loewen Group Inc. dada en junio de 2003 y que en este sentido señala que no es viable la demanda por expropiación en torno a “cuestiones de

procedimiento” debido a la reorganización de la empresa bajo los parámetros legales de los Estados Unidos de Norteamérica.

Otro de los casos que igualmente se ha vinculado a este tipo de decisión del Tribunal es el de Mondev International, ya que en documento de octubre de 2002 se considero la reclamación realizada al amparo del TLCAN como “extra-temporal” siendo en virtud de este argumento que se rechaza la demanda interpuesta por esta empresa en contra de los Estados Unidos.

B.2.2 Perdida de la Calidad de Inversionista Extranjero

Este argumento que le ha permitido al Tribunal Arbitral que actuó bajo las normas jurídicas de la Ley modelo de la CNUDMI establecer como parte de las consideraciones legales la condición de la “calidad de inversionista extranjero” como pilar básico para iniciar una controversia en los parámetros ya planteados, sin embargo este caso que fue visible en el de Loewen contra Estados Unidos, empresa que originalmente se presentara bajo la bandera canadiense, en el curso del procedimiento al haberse declarado en bancarrota bajo las leyes estadounidenses lo cual condujo a la perdida de su calidad de “inversionista extranjero” propiciando que el arbitraje no procediera en virtud de este detalle que hizo que este Tribunal se pronunciara en razón por el Rechazo de dicha causa.

B.2.3 Presentación de Información Fraudulenta

La presentación fraudulenta de la información también ha sido otro de los elementos en el cual se ha basado el Tribunal del CIADI sobre todo en el caso de Azinian vs. México, cuando esta empresa presento los documentos no apropiados, los mismos que fueron considerados por el Tribunal como un acción fraudulenta, razón por la cual no era viable la reclamación internacional. (noviembre de 1999).

Es evidente entonces que la sola ruptura contractual que se pueda producir como consecuencia de la imposibilidad de cumplir el compromiso asumido debido a la falta de experiencia y capacidad no puede ser considerada sino una conducta desleal que afecta los parámetros de la competencia y del servicio y fue solo en

virtud de estos elementos que el Tribunal de la causa se pronuncio poniendo en claro en este sentido que en ningún momento se pretendía cumplir con labores propias de un Tribunal de Apelación, sino que su jurisdicción abarcaba el contexto normativo del Capitulo XI del TLCAN.

B.2.4 Premisas no sustentables

Las premisas no sustentables tienen que ver con el argumento emanado del CIADI en virtud del caso de *Waste Management (Acaverde) vs. México* que en abril de 2004 señalo entre otras cosas que el plan de negocios de la empresa no podía considerarse bajo premisas sustentables a partir de lo cual se considero igualmente que las acciones de incumplimiento de la ciudad no podían ser consideradas como expropiación indirecta.

B.2.5 Regulaciones Revertidas

Este al igual que los anteriormente citados es uno de los aspectos centrales que el Tribunal adopta cuando la regulación que presumiblemente hubiese ocasionado la expropiación indirecta hubiere sido revertida, es decir que esta dejo de surtir sus efectos jurídicos, razón por la cual el motivo de la controversia desapareció ocasionando que dicho procedimiento careciese de fundamento legal para proseguir.

Al respecto se pueden mencionar básicamente la resolución del Tribunal del caso de *Gami Investments contra México* que en septiembre de 2001 rechazara la reclamación argumentando que la norma que propicio la expropiación de los cinco ingenios endeudados, que era la cual patrocinaba la causal de expropiación indirecta desapareció al revertirse la misma.

B.2.6 Falta de elementos para la Expropiación Indirecta

La falta de elementos que sirvan para calificar el hecho o la conducta del Estado receptor frente a un inversor extranjero de “expropiación indirecta” conduce a que al no cumplir con los requisitos que se encuentran planteados en el art. 1110 del

TLCAN, no hacen sino demostrar que según el contenido de dicho artículo las circunstancias que rodean a la controversia deben ineludiblemente considerar al menos la infracción de alguno de sus incisos o en su caso del espíritu que rodea la redacción de dicho cuerpo legal.

Este argumento ha sido utilizado por el Tribunal Arbitral que actuó bajo los parámetros normativos de la Ley modelo de la CNUDMI.

Los casos más notables en este parámetro decisorio que asumieron los Tribunales Arbitrales están los de Methanex vs. Estados Unidos en tanto guarda relación con el reclamo de un producto petroquímico cuya composición se da a través de cuatro elementos, de los cuales la empresa solo produce uno, lo cual respalda la no afectación total de sus intereses. (Agosto de 2002). Mientras que también se encuentran también vinculadas a este argumento el caso Myers donde fue desestimada en noviembre del 2000 la figura de la expropiación, asimismo el caso Pope & Talbot contra Canadá y el de Karpis contra México.

C. El Laudo

Es preciso aclarar que el laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral constituye un mandato con sentido, toda vez que los componentes de la misma son elegidos de acuerdo con la naturaleza del conflicto por cada una de las partes ya sea este Estado o Empresa, hecho que no necesariamente condiciona sino a las pruebas, lo cual se advierte de forma muy clara en los fallos de casos bajo la figura jurídica de la expropiación indirecta demandados bajo el Capítulo 11 del NAFTA.

Esta característica no es nueva pues ha sido observada y discutida por muchos autores entre ellos Jürgen Habermas, quien en su teoría de la acción comunicativa, al reconocer varios niveles de lenguaje, reconoce implícitamente la necesidad de lo fáctico a través de un análisis que involucre la participación de diversas disciplinas, aunque lo más importante viene dado por el sistema regulador que se convierte a través de su validez en una categoría de mediación social.

Es en este sentido que el laudo es considerado por el Convenio del CIADI como la “(...) declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal (...)”²⁴² y que por esta naturaleza respecto sobre todo por su carácter internacional será “obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso (...)”²⁴³ y prosigue en esta lógica afirmando que por consecuencia “(1) Todo estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (...)”²⁴⁴ Mientras que el CNUDMI establece en su Capítulo de Reconocimiento y Ejecución de los Laudos (Cap. VIII) que “un laudo arbitral cualquiera sea el país en que se haya dictado será reconocido como vinculante (...) (art. 35 num.1)”²⁴⁵.

A partir de estas disposiciones normativas sobre el resultado del procedimiento arbitral queda claro al menos dentro el contexto del TLCAN que los Tribunales no hacen sino aplicar previa interpretación el derecho elegido por las partes o en otros casos la legislación mercantil internacional consuetudinaria.

Es así que los casos presentados ante el CIADI y la CNUDMI han tenido en algunos casos han favorecido a las empresas y en otras a los Estados, provocando con esos resultados en algunos casos una gran pérdida económica para los países miembros involucrados en este tipo de controversias. (Véase Cuadro III.14).

**CUADRO III. 14
RESULTADO DE LOS LAUDOS EN EL TLCAN**

ESTADOS	CASOS GANADOS POR EL ESTADO	CASOS GANADOS POR EL INVERSIONISTA
ESTADOS UNIDOS	Loewen Group (CIADI), Mondev (CIADI), Methanex (CNUDMI)	Ninguno
CANADA	Ninguno	Ethyl (CNUDMI), SD Myers (CNUDMI), Pope & Talbot (CNUDMI)

²⁴² V. Art. 48 num. 3 de la Sección IV del Capítulo IV del Documento del CIADI

²⁴³ *Ibid.* Art. 53 Sección IV Capítulo IV.

²⁴⁴ *Ibid.* Art. 54 numeral 1 Sección IV Capítulo IV

²⁴⁵ V. Art. 35 numeral 1 de la Capítulo VIII Reconocimiento y Ejecución de los Laudos de la *Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*. CNUDMI.

MEXICO	Azinian (CIADI), Gami Investments (CNUDMI), Waste Mangement (Acaverde) (CIADI)	Metalclad (CIADI), Karpa Feldman (CIADI)
---------------	--------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------

Fuente Elaboración Propia

Pero, lo que si queda claro a estas alturas del estudio de caso es que la presencia de la figura de la expropiación indirecta esta jugando un rol fundamental en la relación inversor-Estado desde los parámetros que le ha brindado la normativa del Capitulo XI del TLCAN en una sociedad internacional cada día mas dinámica económicamente hablando.

CAPITULO IV

EL IMPACTO DE LA EXPROPIACION INDIRECTA vs. LOS NUEVOS LINEAMIENTOS EN LA RELACION ESTADO-INVERSOR

INTRODUCCION

La expropiación indirecta es la figura jurídica, cuya interpretación y aplicación ha redundado en determinadas consecuencias para los ámbitos económicos, jurídicos, políticos e integradores de los países que suscribieron los instrumentos jurídicos internacionales que dieron lugar a este tipo de reclamaciones.

Son estas razones las que plantean la necesidad de establecer los niveles de impacto de la expropiación indirecta tanto a nivel del derecho interno cuanto del internacional, en relación a dos niveles fundamentales como son la seguridad de los Estados y la Credibilidad de los Procesos de Integración, ambos considerados como los elementos inamovibles de la agenda de desarrollo trazada por los países latinoamericanos desde la reconquista de la Democracia como el sistema mas viable de convivencia y expresión para la sociedad.

Siguiendo esta línea y porque se considera que esta investigación no estaría completa si solo se hubiesen analizado el contexto histórico, la teoría jurídica de esta figura, los sesgos mas importantes en los estudios de caso presentados anteriormente, es que se incluye este capitulo que por razones metodologicas se dividirá en dos partes. La primera de ellas se vinculara al análisis del impacto que la expropiación indirecta ha tenido en los niveles ya mencionados (Seguridad de los Estados y Credibilidad de los Procesos de Integración). Mientras que la segunda

parte implicara una propuesta de lineamientos centrales para el nuevo diseño de la relación Estado-Inversor a partir del contenido normativo de los TLC y su relación con la Expropiación Indirecta en sus Capítulos de Inversión en un contexto si bien neoliberal corporativista, esencialmente humano.

PRIMERA PARTE

EL IMPACTO DE LA EXPROPIACION INDIRECTA

En esta primera parte tal como se menciona en la introducción de este capítulo se abordara el análisis del impacto que ha tenido la aplicación de la figura jurídica de la expropiación indirecta en lo que se refiere a la Seguridad de los Estados y a la Credibilidad de los Procesos de Integración.

I. LA SEGURIDAD DE LOS ESTADOS

Para acercarse siquiera un poco a la problemática de la seguridad de los Estados es importante abordar en un primer momento el concepto de este término con todas sus características, para luego pasar a establecer las consecuencias de la expropiación indirecta sobre esta noción.

A. Introducción sobre el concepto de seguridad nacional

La seguridad nacional puede entenderse como un concepto amplio y por tanto asume matices que devienen de las distintas estructuras sociales sobre las cuales se asienta un determinado pacto social y de ahí en adelante una agenda interna y externa que requiere del establecimiento de medidas adecuadas como producto sobre todo del desarrollo político, económico, social y militar de un Estado. Ya que es evidente que la seguridad nacional es la “condición que resulta del establecimiento y manutención de medidas de protección que aseguren un Estado de inviolabilidad contra actos o influencias antagónicas”²⁴⁶

²⁴⁶ Cfr. LITTUMA A. Alfonso, *Doctrina de Seguridad Nacional*. 1967. Caracas pag. 43

De esto se infiere que la seguridad forma parte de los fines del Estado “entendida como la certeza de la libertad en el ámbito de la ley”²⁴⁷ porque es claro que en esta lógica no implica la representación de una fuerza estrictamente militar, toda vez que se puede comprender esta noción como un ingrediente importante del desarrollo²⁴⁸, es decir que la seguridad nacional ya no se ampara en los parámetros brindados en la década de los 70 del siglo pasado (XX) sino que actualmente en un mundo altamente globalizado esta siguiendo una tendencia diferente.

A partir de estas definiciones muy bien se pueden distinguir algunos elementos importantes emergentes de las ya citadas sobre la Seguridad Nacional es que es a) una condición política, económica, social y militar, b) una función estatal, c) proporciona un estado de garantía, d) desarrolla la capacidad de supervivencia y/o conservación de un Estado, e) busca lograr una estabilidad a fin de conseguir los objetivos nacionales.

Con todos estos puntos es preciso indicar que la seguridad nacional es la “condición permanente de paz, libertad y justicia social que dentro del marco del derecho, procuran pueblo y gobierno. Su conservación implica el equilibrio dinámico de los intereses de los diversos sectores de la población para el logro de los objetivos nacionales garantizando (...) el ejercicio pleno de la soberanía e independencia”²⁴⁹ pero es este último punto el que fundamentalmente preocupa dada la naturaleza del vínculo de protección internacional emergente desde hace unos años respecto de la relación inversor-Estado.

Este hecho admite mayor importancia toda vez que los Estados Contemporáneos sobre todo a la hora de establecer diseños económicos y normas regulatorias no hacen sino demostrar que en un contexto donde los mercados libres dentro una tendencia de “libre comercio” van constituyendo la prioridad del momento bajo el

²⁴⁷ Cfr. BOBBIO Norberto. *Liberalismo y Democracia*. F.C.E 1991. Lima. P. 26

²⁴⁸ La Seguridad Nacional es desarrollo y sin desarrollo no puede haber seguridad. MC NAMARA Robert, citado por Oscar Morales. Vid. En *Objetivos Nacionales, El poder Nacional y la Democracia*. San Salvador. Colegio de Altos Estudios Estratégicos. Documento. 1995. p.24

²⁴⁹ Concepto incluido en el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994. El Mercado de Valores Mexicano. Citado por Alejandro Martínez Serrano. Vid. MARTINEZ Alejandro En: *¿Qué es la Seguridad Nacional?* México. Documento. mayo de 2001. p.54

argumento de “ejercicio” soberano –de la seguridad nacional- en algunos casos (Estados Unidos).

B. Las consecuencias de la expropiación indirecta sobre la seguridad de los Estados

Una de las consecuencias que promueve la aplicación de la figura jurídica de expropiación indirecta incide notablemente en la seguridad de los estados vinculados fundamentalmente al ámbito de la conservación del sistema democrático, así como también en la facultad reguladora de los países.

B.1 El Poder y el Sistema democrático en América

Para entender los efectos que genera la expropiación indirecta en el sistema democrático quizás sea necesario abordar en un primer momento la relación que guarda América Latina con la noción de la construcción, ejercicio y deconstrucción del poder político, en un contexto fundamentalmente liberal.

Porque es evidente que no se puede ignorar que los Estados Latinoamericanos se han vinculado constantemente a la construcción del poder popular como expresión de las demandas sociales más importantes y en esa línea desde mediados del siglo pasado se han involucrado en una corriente de golpes de estado, reformas económicas, gobiernos de facto, políticas de clandestinidad, porque las definiciones del común se hallaban orientadas a la necesidad de transformación social en una conducta que se pretendía democrática, en virtud de lo cual se dieron los movimientos guerrilleros de liberación como parte en principio de la agenda “estratégica” para conseguir la toma del poder.

Sin embargo, esta relación después de la instauración y consolidación del proceso democrático en la región latinoamericana desde la década de los 80 ha traído consigo nuevas demandas sociales esta vez vinculadas al reconocimiento de los grupos más vulnerables, es decir tanto de las mujeres como de los indígenas en relación a los niveles de participación que requieren en la lógica de formar parte de la construcción social a través del ejercicio del poder político.

Asimismo, la coyuntura económica y política internacional que plantea la satisfacción de las necesidades sociales pasa por la utilización de los mecanismos de transformación del poder, mediante el uso y creación de nuevos instrumentos de participación política, en virtud de que la organización constitucional del poder así lo prevé tanto interna como externa.

Pero quizás, lo que se necesite ante todo sea hablar del poder en un sentido práctico y a partir de ello establecer las relaciones de dominio entre los sujetos de una sociedad determinada, sin embargo a pesar de ello todavía será difícil precisar algunos de sus elementos principales, es por eso que según algunos autores como Kaufman y Jones se está frente a esta concepción cuando “una persona o grupo es más poderoso que otro, pero somos incapaces de medir ese poder”²⁵⁰ y que no hace sino patentar que el poder tiene una estrecha vinculación con la noción que ya se mencionara al principio de esta argumentación. Sin embargo la definición de poder no queda ahí, pues es tan antigua esta noción que detenta numerosas posturas, basadas en las distintas circunstancias que acompañan esa relación de dominio, en ese sentido ya Hobbes²⁵¹ consideraba que la igualdad de todos los hombres en el estado de naturaleza conducía a la guerra de unos contra otros en virtud de esa relación de dominio preexistente en el seno de la misma, relevando entonces que una de las mejores alternativas para dicho conflicto está precisamente en lograr la elección de un representante al que someterían sus voluntades, a partir de ello sin duda se crea un estado autoritario, toda vez que uno es el que detenta el poder en sí y los otros cumplen únicamente la tarea de obedecer, mientras que Locke planteaba que ante la inseguridad de esta coyuntura, la solución se encontraba en la entrega a la comunidad de ese poder y no así a un solo sujeto, a objeto de construir la sociedad civil, ya que se debe distinguir que la renuncia implícita que se hace al mismo tiene su fundamento en la protección que se persigue de uno de los principios jurídicos más importantes, como es el derecho propietario, es decir entonces que el poder está vinculado desde sus orígenes a los intereses económicos de la sociedad.

²⁵⁰ V. ROSE Arnold, *La Estructura del Poder*. Buenos Aires. Ed. Paidós. 1ª Edición 1968. p. 59

²⁵¹ V. HOBBS Thomas, *Leviatán*. México. Fondo de Cultura Económica. 2ª Edición. 1980. p. 69

Por otra parte, se debe indicar que en la tendencia de definir el poder se pueden también observar a muchos autores como Rousseau, para quien el estado de naturaleza no representa un esquema de inseguridad donde la lucha se da entre los mas fuertes o los mas débiles, sino que esta se encuentra circunscrita se puede decir a la relación entre las cosas y no así a la que pudiera emerger de los hombres. Es sobre estas bases que el autor argumenta y sostiene el Contrato Social. Pero a diferencia de este Maquiavelo entiende que las razones de existencia del Estado están unidas al poder en tanto este procura el orden y la seguridad, que solo es posible a través de atributos específicos como son la ley y el uso de la fuerza, ambos de uso y aplicación exclusiva del Estado.

Mientras, que desde la perspectiva jurídica Kelsen considera que el poder se origina en la noción de igualdad a partir de la cual se debe comprender que no existe una relación de dominio posible, porque se presupone que hay una transición de la libertad del estado de naturaleza a una con sesgos profundamente sociales y políticos a partir de la construcción del proceso democrático, sin embargo este principio según algunos pensadores requiere que se reduzcan al mínimo los casos de aplastamientos de las minorías, que se dan en el contexto de los acuerdos mayoritarios cuyas decisiones son expresadas en el seno de las Asambleas Legislativas, quizás se deba a este hecho que Marx afirmaba que el poder de la sociedad a la que el otorgaba el calificativo de “burguesa” buscaba fundamentalmente la opresión y la dominación de los que no detentaban el poder económico, es decir que a estas alturas de la presente reflexión se hace evidente que el poder no solo admite características políticas, sino también económicas.

Entonces, se puede indicar que el poder es una “posibilidad” así como una capacidad de producir, lo cual determina la presencia inmanente del mismo, pero es preciso aclarar que dicha posibilidad no refiere en ningún momento un estricto control del poder en si. Infiriéndose desde la perspectiva que otorga la tesis relacional como la “causa generadora de acciones en virtud de que la voluntad actúa como creadora de dichas acciones”²⁵²

²⁵² La tesis relacional se caracteriza por considerar al poder como la acción de un o varias conductas sobre otra u otras conductas (...) concibe al poder en función de una acción concreta. (...) La relacional solo lo comprende como una actitud orientada hacia otros. Entonces la tesis relacional

En este sentido, se debe también considerar que las distintas formas de poder entendida como una relación humana, porque a decir de Friederich “lo mas apropiado, pues, es decir que el poder es, en cierta medida, una posesión y también, en cierta medida, una relación”²⁵³ quizás por eso algunos autores siguiendo esta lógica consideren que el poder es un genero en si y el poderío, el mando, la influencia y la autoridad sean los aspectos especiales de este, toda vez que va desde la admisibilidad de la ley del mas fuerte, a la consideración del derecho como aspecto central del mismo, sin que ello se desmarque de las expresiones de interés en tanto forma parte de una escala de valores lo cual es evidente en el ejercicio pleno del poder político que es aquel que se manifiesta con relación a la acción en el interior de un grupo o de diversos grupos entre si, siempre que dichas acciones tengan un impacto, así sea mínimo, en las relaciones generales de la colectividad en la que tales grupos se encuentran inmersos²⁵⁴, porque no se debe perder de vista que como decía Poulantzas en su momento, las relaciones de las clases son fundamentalmente relaciones de poder, en virtud de lo cual la toma de las decisiones se enmarca en los parámetros de los nuevos paradigmas sociales, económicos y políticos que actualmente definen, y sustentan la mundialización.

Estas relaciones no pueden sino insertarse en los distintos modos de distribución del poder, los cuales se vinculan a las teorías elitistas, pluralistas y clasistas. La primera de ellas adquiere su argumentación de una estructura donde el poder se asienta en una minoría que gobierna frente a una mayoría que es gobernada, de la que se infiere que gozan de la riqueza, del poder político, la educación entre otros componentes que la diferencian de los demás sectores, pero que sin embargo según Pareto no es permanente, ya que en algún momento se produce una “circulación de elites”. Mientras, que la segunda teoría se opone a la primera bajo la afirmación de que el poder radica no en un solo grupo, sino en varios, ya que los intereses sociales no pueden establecerse en el contexto predeterminado de una clase, en

resalta el hecho ya indicado de que el poder se presenta como una relación bilateral donde un agente produce una conducta en otro sujeto. En este sentido el poder solo puede darse entre seres humanos y no cabe hablar como lo Deutsch de “poder sobre la naturaleza”. El Poder y la Participación política. Cfr. UMSS. En: *Introducción a la Ciencia política*. Texto Oficial. Carrera de Ciencias jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón. Cochabamba. 2002. p.59

²⁵³ Cfr. FRIEDERICH Carl, En *El Hombre y el Gobierno*. Madrid. Editorial Tecnos. 1ª Edición. Colección de Ciencias Sociales. 1968. p. 183

²⁵⁴ Cfr. UMSS, *Introducción a la Ciencia Política*. Ob. cit. p. 65

virtud de lo cual el gobierno debe atender tantas aspiraciones cuanto intereses de todos ellos.

Bajo todas estas premisas conceptuales se planteo el poder en América en los últimos 50 años, aunque también es cierto que la caída del muro de Berlín (1989) que ha condicionado el escenario no solo político sino económico en el mundo, conduciendo a la necesidad de introducir en los nuevos instrumentos internacionales creados para el efecto (TBI, APPRI, AMI, TLC) por el sesgo de ingobernabilidad que se aporto como una característica esencial de los procesos democráticos en procesos de construcción y consolidación la inserción de capítulos de inversión que detentan figuras jurídicas de protección y garantía para la Inversión Extranjera Directa, que según el Nuevo Orden Mundial emergente de las circunstancias ya mencionadas no hizo sino respaldarse normativamente en cuanto se estableció una línea de privatizaciones de las empresas publicas, a consecuencia sobre todo de la tradición de incertidumbre del derecho interno de los Estados.

Sin embargo, la reconfiguración política-económica de los últimos años a partir de la globalización no hace sino poner en discusión la necesidad de replantear la consideración bajo la cual se entendió siempre la democracia como una consecuencia lógica del liberalismo, y que actualmente no hace sino demostrar que “ya no es del todo compatible, toda vez que la democracia fue llevada a las extremas consecuencias de la democracia de masas”²⁵⁵ que es la que plantea hoy por hoy los grandes desafíos emergentes de la construcción de un consenso interno que se proyecte en regulaciones nacionales, y que a su vez se espera que se traduzca en un contexto internacional en normas que favorezcan sus intereses como estado soberano frente a los de las empresas transnacionales.

En esta pulseta de poder económico se sostiene la supervivencia del sistema democrático en América, y es en este sentido que figuras como la expropiación indirecta impuestas en los instrumentos internacionales sobre inversiones, como una forma de proteger y garantizar la IED así sea en detrimento de la salud pública, el medio ambiente y los recursos naturales no hace sino poner en peligro la seguridad

²⁵⁵ Cfr. BOBBIO Norberto, *El Futuro de la Democracia*. México. Fondo de Cultura económica. 2da Edición 1996. 2da Reimpresión. 1997. p. 138

nacional y por ende el sistema democrático en proceso de construcción y deconstrucción constante.

Probablemente este último elemento sea el ingrediente preferido a la hora de argumentar en favor de este tipo de medidas jurídicas, ya que la gobernabilidad no ha sido ni es uno de los atributos principales de este sistema en América, pero lo cierto es que la insistencia de su inserción (expropiación indirecta) a partir del TLCAN lo ha convertido en el capítulo (inversiones) más importante transformándose desde entonces en una forma de “gobernanza” económica mundial muy a la altura de la globalización.

Entonces no es de extrañar que la consecuencia lógica de todos estos elementos se manifieste en la solidez cada vez mayor de un Estado de libre mercado que demuestra cada vez más una creciente independencia del poder económico respecto del poder político, porque prácticamente “se vuelve el brazo secular de la burguesía mercantil y empresarial. El Estado liberal es el Estado que permitió la pérdida del poder ideológico (...) y la pérdida del monopolio del poder económico por medio de la concesión de la libertad económica”²⁵⁶ lo cual estructura un escenario propicio para la consolidación de un poder que no tiene necesariamente que ver con lo político particularmente, y mucho menos solo con lo económico, es decir se trata fundamentalmente de lo que se podría llamar un **poder de intereses** que no hacen sino denotar los nuevos matices que le ha proporcionado al mundo de las relaciones internacionales la IED.

Por otra parte, es importante señalar que la democracia se sustenta en los aspectos centrales de la soberanía, noción que aunque es considerada por muchos autores como un “principio que se derrumba” o como “una hipocresía organizada” lo cierto es que la conducta de los Estados en los últimos años así como la de las multinacionales ha puesto sobre tapete la necesidad de redefinirla a fin de preservar no solo la estructura del sistema democrático, sino de afianzar el mismo a partir de una premisa de comportamiento supranacional, probablemente debido a las

²⁵⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto ob. cit. p. 128

circunstancias devinientes de la interpretación y posterior aplicación de la regulación internacional.

B.2 Los Efectos de la Expropiación Indirecta en la Democracia

A esta altura no se puede dejar de considerar los elementos esenciales que son afectados por la figura de la expropiación indirecta en el entorno que plantea el sistema democrático, pues es claro que el hecho de privar de la propiedad o del uso de sus beneficios futuros a las empresas transnacionales que invirtieron bajo los parámetros de una normativa deviniente de un instrumento jurídico internacional, -y que no necesariamente en muchos casos guarda una concordancia ideal con el derecho interno- es sin duda uno de los grandes desafíos para el Estado de Derecho toda vez que no puede soslayarse la influencia de las tendencias mundiales.

Es así que en esta relación que se sostiene entre el poder y la democracia en un escenario económico fundamentalmente globalizado es evidente como nunca que el Estado actualmente así "(...) como el mercado es una forma de regulación social"²⁵⁷ y es en este sentido que ya no es posible dejar de considerar los efectos que genera en el sistema democrático –la expropiación indirecta-, los cuales se manifiestan en el debilitamiento de la legitimidad que van adquiriendo las acciones de los Estados en virtud de la negociación de acuerdos internacionales cuya protección a la inversión es inequívoca y que per se establece los nuevos lineamientos de la vinculación interestatal con matices cada vez mas preocupantes, sobre todo después de que la necesidad de crear un mecanismo de protección pasara del pensamiento a la palabra escrita y de ahí a la creación de una obligación internacional que ya ha empezado a sentar una jurisprudencia importante a nivel mundial.

Es por esta razón, que la nueva generación de tratados como son los de libre comercio prácticamente a través de su diseño interno no hacen sino permitir que a través de la interpretación de sus disposiciones y posterior aplicación de las mismas

²⁵⁷ Cfr. BOBBIO Norberto, Ob. cit. p. 139

marginen el sistema judicial y por ende el derecho publico interno de los Estados lo cual ya de por si plantea a su vez un gran problema para el afianzamiento de la credibilidad del sistema en si, porque quiérase o no, ya no es posible dejar de lado que la concepción de los TLC implican necesariamente un marco regulatorio en gran medida “supra-constitucional”, motivo por el cual debe entenderse también que promueve entonces una serie de principios, normas y mandatos que buscan en su aplicación alcanzar y consolidar los parámetros de influencia mas allá de las disposiciones contenidas en las distintas Constituciones.

Pero quizás lo mas importante de considerar es que la democracia no solo se construye con el ejercicio del voto sino también con acciones gubernamentales que son las que precisamente le otorgan credibilidad y legitimidad, elementos sin los cuales seria casi imposible pensar en un desarrollo armónico de las sociedades, aunque algunos autores creen que “las democracias están destinadas a terminar, y a representar así un episodio de corta duración en la historia universal: son, en efecto, incapaces de defenderse de su gran adversario, el totalitarismo (...)”²⁵⁸, de lo que se infiere que si antes se procuro prácticamente reconocer por la tendencia totalitarista de los regimenes, así como de la cultura caudillista imperantes en los distintos Estados del mundo de un fin de este sistema, hoy por hoy es claro que ya no se puede hablar de un totalitarismo de sesgo institucional, sino mas bien de sesgo transnacional, lo cual evidentemente hace de este tipo de comportamiento antes militar, adquiera ribetes actualmente económicos, ya que se basan en una estructura de interés particular en detrimento del colectivo.

En este contexto donde parecen ficción algunos elementos lo cierto es que los casos que ya se dieron en función de la aplicación de determinadas disposiciones – expropiación indirecta- han ocasionado una serie de efectos, siendo los más importantes entre ellos:

- a) la perdida de la potestad regulatoria de los estados
- b) la transformación de la noción de derecho propietario

²⁵⁸ Véase REVEL Jean François, citado por Norberto Bobbio En: ob. cit. p.192

- c) la creación de normativa destinada a la protección y garantía de la inversión extranjera
- d) un sentimiento de negociación de la democracia
- e) debilitamiento de la legitimidad del Estado de Derecho

a) *Perdida de la potestad regulatoria de los Estados*

La aplicación de la figura jurídica de expropiación indirecta en el contexto internacional hasta ahora ha significado fundamentalmente desde los matices que se han empleado la limitación de la potestad reguladora de los Estados, la misma que ejercen como un atributo de su calidad soberana.

Por otra parte, el hecho de tener que fallar por sobre las resoluciones de las Cortes Supremas de Justicia de los distintos Estados, ciertamente esta condicionando uno de los fines mas importantes que tienen estos, cual es el de generar disposiciones jurídicas que le den seguridad al habitante, que no únicamente tiene que ver con los servicios de salud publica, sino también con medidas de protección medio ambiental que permitan de forma preventiva proteger.

Sin embargo, también es importante señalar que esta limitación a la potestad reguladora de los Estados no solo se origina en el desconocimiento de las normas del derecho publico interno, sino que además involucra prácticamente la creciente necesidad de consolidar una regulación internacional promovida por las multinacionales, lo cual a su vez esta generando la creación del fundamento del nuevo ***derecho transnacional*** que sin duda afectara al conjunto de la sociedades de los países miembros de los distintos tratados de este tipo (TLC).

Es así, que cuando se menciona la potestad reguladora no se puede dejar de lado que esta constituye una obligación fundamental, ya que es claro que ninguna sociedad puede vivir al margen de una estructura normativa.

Pero también, es claro que las condiciones socio-políticas, unidas a la económica en los últimos años desde una lógica globalizadora están planteando la necesidad de implementar mecanismos de protección a una de las conductas mas importantes

como es la inversión extranjera entendiéndose que es a partir de esta comprensión y ejecución que se puede lograr un nivel de desarrollo aceptable y es a esta tendencia en un primer momento considerada como “ideología” convirtiéndose luego en la nueva doctrina del siglo XXI a partir de la cual los Estados han empezado a diseñar y rediseñar su normativa interna a fin de que la misma guarde concordancia con los que se han ido plasmando a nivel de todas las rondas de negociación internacional, pero también en esa línea han ido fortaleciendo los principios del mercado desde los mandatos emergentes de las resoluciones del arbitraje internacional.

b) La transformación de la noción de propiedad

Este elemento es sin duda importante respecto del grado de afectación al sistema democrático, ya que es evidente que en el derecho interno se tiene una noción de propiedad que está registrada en los distintos Códigos Civiles y es en esta lógica que se da el intercambio comercial, pero la implantación en el escenario del derecho público internacional de la misma figura del derecho interno, admite a pesar de ello un cariz diferente a la hora de reconocer los alcances en cuanto al uso y goce que se presuponen en la noción de propiedad. Siendo así, que desde las últimas construcciones normativas en los TLC prácticamente esta noción (derecho propietario) se halla resguardado de tal forma que resulta imposible una fisura, ya que el único límite que admite es el cielo en torno a la dimensión de protección de la inversión extranjera directa, en virtud de lo cual se encuentra respaldado por las disposiciones contenidas en este tipo y otros instrumentos jurídicos internacionales, estando en esa frecuencia amparadas por los Organismos Interestatales.

Es así, que ahora los Estados, dueños de los bienes públicos han pasado desde el Programa de Ajuste Estructural (PAE) a la consolidación de ventas bajo el rotulo de privatización y también porque no decirlo en algunos casos de capitalización, pero transferencia al fin no sólo de derechos sino también de las ventajas que estas pudieran proporcionarle, pero que sin duda estarán protegidas ya no por las leyes nacionales únicamente, sino que además tendrá la posibilidad de recurrir a tribunales internacionales con el fin de preservar los derechos adquiridos.

Entonces, el derecho propietario que implica fundamentalmente uno de los ejes centrales del pacto social de un Estado representa un principio que debe respetarse en toda la extensión de su acepción y si esta admite un ribete de “privada” todavía mas, pero si a la vez se caracteriza por ser “extranjera” entonces requiere de medidas cada vez mas sólidas a fin de lograr un nivel de protección que le permita ejercer este derecho.

Sin embargo, es preciso indicar que esta transformación se da en razón de la nueva agenda económica mundial y en este sentido representa ya un reto para la armonización normativa en torno a la comprensión de los alcances del derecho propietario, en un escenario que pareciera plantear un “reconceptualización del derecho”, a través de la consolidación de la fuente jurisprudencial que a su vez es consecuencia lógica de una crisis paradigmática. Aunque este hecho bien puede cuestionarse probablemente desde las posturas que asumieron en su momento tanto Hart como otros autores que creen que no es posible definir el derecho.

Esta indeterminación del derecho implica *per se* la interrogante de ¿si esta afecta a la noción de derecho propietario? y entonces si se admite los sesgos de la globalización actual, así como también los contenidos de los TLC respecto de su capítulo de inversiones es claro que se ha convertido en el tema mas importante a la hora de plantear disposiciones, pero mucho mas al momento de interpretar sus alcances y de aplicar las sanciones en la comprensión pre-establecida.

Esto sin duda constituye uno de los parámetros con los cuales se puede medir y entender la lógica de apropiación multinacional que existe y que parece consolidarse en una línea de **propiedad transnacional**, es decir, con el requerimiento implícito de protección y garantía. Ya que si lo que realmente preocupa es el contenido, en cuanto a la elaboración especialmente de los Tratados de Libre Comercio, estos son el resultado de los cambios sociales que han puesto de manifiesto aquello que Habermas define como los “cambios paradigmáticos” que a su vez han conducido a la interpretación no solo social, sino económica desde parámetros muy pragmáticos donde es posible advertir la creación evidente de nuevos tipos de derecho. Este fenómeno se ha producido probablemente debido a aquello que el autor denomina como la “materialización del derecho” que se ha traducido en las mutaciones que

han sufrido el derecho de propiedad y el derecho contractual, ya que sobre todo respecto del primero este se ha extendido incluso a los valores patrimoniales de los derechos subjetivos en virtud de los cuales se pueden mencionar no solo los derechos de condición de miembro de asociaciones, sino también las expectativas de ganancias futuras, este último vinculado al diseño del nuevo concepto de seguridad jurídica plasmada a través de la figura de la expropiación en el contenido de los TLC.

c) La creación de normativa destinada a la protección y garantía de la inversión extranjera

La transformación de la noción del derecho propietario no va únicamente ligado a un concepto de tenencia sino también de protección y es en esta dimensión que la expropiación indirecta adquiere un protagonismo inusual, toda vez que desde su implantación en 1992 en instrumentos jurídicos internacionales como el TLCAN y de su ejecución a partir del caso Ethyl Corporation contra Canadá y que sin duda marca el indicador inicial respecto de una nueva jurisprudencia que permitió la apertura hacia una interpretación novedosa en torno a los mecanismos de protección de la inversión extranjera.

En esta dimensión donde se han podido observar casos emergentes de la necesidad de dotar de protección al medio ambiente, los recursos naturales, y por ende la salud pública son numerosos como se ha visto y analizado en el Capítulo III, y es a partir de las distintas connotaciones que muy bien pueden establecerse algunos elementos importantes que guardan relación sobre todo con aspectos que tienen que ver con la creación normativa de prevención contra los excesos que las acciones multinacionales pudieran hacer efectivo en el país receptor.

Entre las elaboraciones normativas en este sentido muy bien se pueden citar por ejemplo la Ley C-29 de Canadá, el Decreto Ecológico de San Luis Potosí en México, y las regulaciones que planteó el Estado de San Francisco California contra el uso del MTBE en los Estados Unidos, cada uno de ellos ha generado en su momento una demanda ante tribunales internacionales de parte de las empresas afectadas en tanto las disposiciones representaban sobre todo una disminución de los beneficios

esperados en torno a la inversión. Pero, cabe señalar que esta regulación obedeció a la necesidad de proteger tanto el medio ambiente como la salud pública.

Sin embargo, las mismas fueron en el caso de Canadá retiradas a través de una negociación que concluyó en una indemnización aunque previamente se sostuvo una batalla legal ante tribunales internacionales. Mientras que en el de México su cumplimiento implicó igualmente un proceso arbitral ante el CIADI que terminó con la recomendación de “no invertir” a las empresas transnacionales en ese Estado sobre todo por la inseguridad jurídica que brindaba. Aunque también es cierto que en el caso del MTBE el conjunto de disposiciones no se revocó en tanto implicaban básicamente una protección a la salud pública, el recurso natural agua y el medio ambiente, pero aun así es evidente que la protección y garantía de la inversión extranjera ha condicionado las acciones posteriores de los Estados.

Es en este nivel que la expropiación indirecta se ha convertido en el mecanismo más importante para argumentar la necesidad de protección y de consolidar la misma a través de su consecuencia más inmediata: “la indemnización” que per se implica una desventaja para el Estado perdedor. Pero por otra parte es necesario reconocer también que esta medida ha logrado establecer un consistente poder transnacional en el ordenamiento jurídico interno de los países a través de la aplicación de esta figura.

d) ¿Negociando la democracia?

A estas alturas esta parece ser la mayor preocupación de este acápite pues pareciera que con todos los datos plasmados hasta ahora en los diferentes capítulos se puede pensar en una virtual “negociación de la democracia”, y esta preocupación probablemente se deba tanto al contenido y la legitimidad que han admitido los TLC en su elaboración cuanto al procedimiento arbitral que deviene de la interpretación y aplicación y que se manifiesta en la discrepancia que plantea su principio de confidencialidad contra el principio de publicidad que generalmente admiten los procesos ordinarios.

d.1 Acerca del origen de la norma: la legitimidad de la creación vs. La legitimidad de la aplicación

Es fundamental consignar en este acápite, el sentido de la norma a partir de la legitimidad que plantea ésta en tanto se relaciona con los niveles de creación y de aplicación, sobre todo porque no se debe olvidar que el origen de la formación del documento constitutivo en este caso de los Tratados de Libre Comercio (TLC) no devienen del poder legislativo sino del ejecutivo, aunque para su aplicación sea necesaria la aprobación por este a través del procedimiento denominado ratificación, sin embargo, este hecho no hace más que avivar la discusión de hasta que punto estos Tratados son legítimos ya que es básicamente el resultado de una negociación política, donde priman las ventajas comerciales antes que nada y que no necesariamente expresan una visión social si no más bien de un determinado sector: el empresarial, vinculado a las políticas gubernamentales.

En este sentido, también es importante recordar en conexas con la afirmación que antecede que de acuerdo con Habermas se puede considerar que un orden es legítimo, solo en la medida en que asegura la cooriginaria existencia de la autonomía privada y la autonomía ciudadana de los destinatarios, pero también reconoce este autor que la legitimidad se expresa a través de la forma comunicativa, lo cual promueve una comprensión procedimental del derecho. Por otra parte, en tanto se refiere al contenido, desde una perspectiva definida como “teoría discursiva del derecho” se entiende que las normas elaboradas por los legisladores (políticos) y los derechos reconocidos por la administración de justicia admiten racionalidad.

A partir de estos puntos es evidente que si se discute el tema de la legitimidad de un Tratado por el poder donde se origina en virtud de su contaminación política, hay que dejar claro que todos los poderes admiten ese sesgo en razón de los miembros que la componen, ya que es válido reconocer que el ejecutivo representa al partido o coalición ganadora, y que en el legislativo es visible una pluralidad y desde ese parámetro una oposición que bien puede o no manifestarse en el procedimiento de la ratificación.

Sin embargo, es importante señalar que los instrumentos legales internacionales son negociados en cuanto a contenido e intención por un equipo cuya característica fundamental es la transdisciplinariedad.

Es en esta lógica que se considera que la fase negociadora del diseño de los TLC no admite una conciencia clara si no sobre los intereses de un sector económico prominente como es el empresarial y de estos el que se dedica a exportar e importar productos, es por ese motivo que después de suscrito dicho instrumento y aplicado que sea posteriormente plantea una discrepancia y porque no decir la duda sobre la legitimidad que detentan estos cuerpos legales para ser interpretados por tribunales internacionales.

d.2 El procedimiento: ¿Privacidad vs. Publicidad?

Después de la consideración del problema de la legitimidad en la fase de negociación del instrumento internacional, una vez que este se aplica, generalmente se procede a través de tribunales arbitrales sean estos la CNUDMI y el CIADI, donde por la naturaleza del procedimiento se emplea el principio de la privacidad y confidencialidad en este, lo cual ciertamente produce un descontento en el pueblo y organizaciones sociales de los Estados implicados en este tipo de casos, y la reflexión bien pudiera encontrarse en la lógica que se desprende del origen de los bienes y recursos traducándose en la interrogante de ¿si los recursos económicos con los que se indemniza a la multinacional producto del fallo de los tribunales internacionales emergen del TGN de los Estados, -patrimonio de todo un pueblo- porque entonces el procedimiento debe ser confidencial?, y entonces si resulta que el sistema democrático que no es como ya se dijo anteriormente únicamente un ejercicio de voto-elección, sino también un conjunto de acciones destinadas a construir el diseño de una agenda nacional e internacional sobre la base de consensos que se van formando en ambos contextos constituye precisamente uno de los elementos mas importantes a la hora de pensar y repensar el tema de la naturaleza del procedimiento arbitral en estos casos, ya que la relación inversor-Estado, no tiene la misma característica que la del inversor-inversor que si amerita este tipo de compromiso en la conducta de los tribunales internacionales, es por este motivo que quizás la flexibilidad que se ha visto en algunos casos a través de la

figura del “*amicus curiae*” deba generalizarse, ya que la protección y garantía que se otorga a través de las disposiciones normativas a la inversión extranjera, que ha traído consecuencias insospechadas para la estabilidad del sistema democrático en los distintos Estados ya que las resoluciones emergentes de estos tribunales han generado en la población una desconfianza cada vez mas creciente que ha desembocado en convulsiones sociales o en su defecto porque no decirlo en la convicción general de que con este tipo de fallos o laudos se estaría no solo vulnerando la soberanía, sino también los sistemas jurídico y democrático.

Todo esto unido a una idea general que parte necesariamente del origen de los recursos económicos, ya que no se concibe que el Estado trance una cantidad determinada o deba pagar una indemnización cuando media la vulneración de los recursos naturales, el medio ambiente o la salud de la población que son los ámbitos que le compete al Estado proteger sin que el pueblo conozca los pormenores de estos casos, siendo un ejemplo claro aunque no deviene de un efecto directo de los TLC sino mas bien de los TBI en este sentido ha sido el de *Agua del Tunari vs. Bolivia*, cuya demanda por expropiación indirecta se produjo después de una revuelta social, que condujo a la solicitud de mas de 300 entidades internacionales a abrir el proceso arbitral al conocimiento publico, lo cual ciertamente no guarda relación con la naturaleza privada de este tipo de procedimientos, ha logrado que el arreglo al que llegaron los implicados no haya sido del todo satisfactorio para la población en general.

Este ultimo punto es el que hace pensar que se esta negociando con la democracia al aceptar las decisiones internacionales que no reparan en el alcance de sus resoluciones no solo para el derecho publico interno sino también para la sociedad en su conjunto.

e) Debilitamiento de la legitimidad del Estado de Derecho

Después de todo el análisis realizado en los puntos anteriores es claro que la aplicación de la figura jurídica de la expropiación indirecta como un mecanismo de protección y garantía de la inversión extranjera resulta en un debilitamiento de la legitimidad del Estado de Derecho en tanto implica la aceptación de las decisiones

del derecho internacional emergentes de los tribunales internacionales por sobre las propias resoluciones del derecho interno emanada de autoridad competente, cualquiera fuera el nivel de está.

El Estado de Derecho es lo mas importante que ha acontecido a los países latinoamericanos sobre todo después de periodos donde predomino el uso de la fuerza, la persecución ideológica y hasta el exilio sumiendo a la sociedad en una frustración que pareció encontrar su salida en la reconquista de un proceso democrático donde a diferencia del anterior ya no imperaba el “gobierno de los hombres”²⁵⁹ sino mas bien se consolidaba una estructura donde las leyes adquirirían el rol protagónico en el escenario político-social.

Este hecho unido a la aplicación de disposiciones jurídicas internacionales como la expropiación indirecta conducen a que la legitimidad del Estado de Derecho se encuentre en cuestionamiento, reconociéndose este aspecto a partir de las expresiones que intentan dar un calificativo a las acciones gubernamentales desde una concepción de “buen o mal gobierno”, siendo el producto de estas circunstancias el incremento de la efervescencia de los movimientos sociales que se han dado en un tono que busca o pretende establecer una línea de desacato normativo internacional en virtud del convencimiento que se tiene de que los mecanismos que protegen y garantizan la inversión extranjera devienen de la construcciones de intereses transnacionales, con quienes el Estado mantiene en estos casos un conflicto de intereses.

Entonces el debilitamiento de este elemento tan importante a la hora de construir y deconstruir el poder y desde ahí la relación inversor-Estado es que se plantea que la aplicación de la figura jurídica de la expropiación indirecta no se de en los parámetros “expectaticios” o de “riesgo” en circunstancias que atentan contra la salud de la población, el entorno natural del medio ambiente, el sistema jurídico interno y la soberanía, ya *per se* involucra el debilitamiento de la seguridad de los Estados.

²⁵⁹ Termino utilizado por Norberto Bobbio para explicar en su forma mas positiva la figura del soberano-padre o del soberano-amor, desde una percepción esencialmente patriarcal. Vid. BOBBIO Norberto, En *El Futuro de la Democracia*. Ob. cit. p.179

II. LA CREDIBILIDAD DE LOS PROCESOS DE INTEGRACION

La integración en América Latina ha proporcionado a través de sus distintos enfoques una estructura de relacionamiento interestatal sui géneris, toda vez que ha priorizado sobre todo la construcción de un sistema jurídico comunitario destinado a dotar al proceso en si de una lógica concordante fundamental a la hora de enfrentar conflictos emergentes de la policentricidad normativa.

Es en este sentido, que es importante indicar que ante los sesgos que la globalización propone al contexto de la sociedad internacional no es raro que los Estados estén respondiendo con medidas que tienen que ver con el rediseño de sus agendas internacionales, las cuales involucran una serie de figuras que han ido transformando la conducta jurídica interna, como resultado de los nuevos mandatos originados por la jurisprudencia internacional.

Entonces, es imprescindible destacar que entre las figuras que se mencionan quizás la más importante en razón de las consecuencias económicas y por tanto también de afectación a la seguridad interna sea la expropiación indirecta, la misma que en relación a las consecuencias internacionales implica básicamente un incremento en los sentimientos de incredulidad hacia los procesos de integración existentes.

Es en este sentido, que por la naturaleza de este enfoque es que es preciso abordar en esta parte desde una perspectiva reflexiva-crítica: los elementos de la nueva integración, así como el impacto que tiene la expropiación indirecta en la consolidación de los procesos de integración.

A. Los elementos de la nueva integración

Los elementos de la nueva integración están vinculados a la necesidad de redefinir el escenario internacional en su aspecto normativo en torno a la supranacionalidad, la democracia y el desarrollo

A.1 La Supranacionalidad

La noción de supranacionalidad en el ámbito de la integración latinoamericana, vista sobre todo desde los parámetros de la soberanía,²⁶⁰ y entendida a partir de ello como la base del accionar de los Estados en tanto implica fundamentalmente una autodeterminación que se plasma no solo en los diseños de una estructura interna sino también en los nexos internacionales desde una visión de “intereses” donde la regulación normativa no solo abarca un orden interno sino también regional y subregional. Según sea el caso sobre todo en relación a la creación, interpretación y aplicación del derecho porque la realidad de los últimos años ha visto sobrepasado dicho sistema normativo nacional por la necesidad de establecer normas respecto a problemas que forman el común denominador de la inestabilidad política, económica y jurídica de los Estados como son el narcotráfico, el terrorismo, la contaminación atmosférica, las asimetrías económicas, la corrupción, etc., consolidando la necesidad que se tiene de establecer medidas internacionales lo cual ya *per se* conduce a la reducción de la capacidad de control efectivo de los países respecto de estos ejes temáticos. Y entonces es ahí donde surgen interrogantes de si ¿esta primero el derecho internacional antes que el derecho interno? Y en ese caso ¿cual es la prioridad en la decisión internacional? ¿La seguridad o la justicia? O más bien seguridad vs. justicia, pero para admitir cualquiera de estos puntos parece inevitable el tener que reflexionar sobre la legitimidad de estas normativas y al hacerlo necesariamente se esta incursionando en el tema de la creación del derecho.

En este sentido, es claro que se debe en primera instancia uniformizar no solo una normativa de tendencia supranacional, sino también que estas deben encaminarse a una regulación que permita lo que muchos economistas denominan como la “generación de políticas productivas”, sin embargo ninguna de estas será posible sin una reconsideración y redefinición en su caso de la noción de “soberanía”, mas

²⁶⁰ La noción de soberanía se ha utilizado a lo largo de su fundamentación en relación a cuatro aspectos centrales que tienen que ver en un primer momento con la perspectiva interna a partir de la comprensión que la vincula con la organización del poder público. En una segunda acepción se entiende la misma desde la postura interdependiente sobre todo cuando se refiere al control de los movimientos transfronterizos. Por otra parte también se entiende desde una lógica legal internacional relacionada con el reconocimiento mutuo entre los Estados. Y finalmente la Westfaliana que tiene que ver con la exclusión de los actores externos de las formas de autoridad internas. Cfr. KRASNER, S.En: *Soberanía, Hipocresía Organizada*. Buenos Aires. Paidós, 2001, p.22

en una coyuntura que se reconoce en un incremento de inestabilidad económica y jurídica, y para ello solo basta observar los últimos acontecimientos de Ecuador y Bolivia, que no hacen sino demostrar que estos se originan en la tensión de hegemonías y contra hegemonías, que se han venido dando a partir de una concepción des-ordenada de la economía y la normativa nacional e internacional. Por otra parte estos acontecimientos sociales en la subregion andina no hacen mas que reconocer que no existe aun una estrategia común en torno a este tipo de problemas de gobernabilidad en virtud de lo cual se hace imprescindible trabajar sobremanera el tema de la supranacionalidad vinculado al establecimiento de una institucionalidad que se sustente en las bases de una democracia “delegativa”, desde los lineamientos de armonización normativa y de la resolución de los conflictos que se originan en la policentricidad.

A.1.1 Armonización Normativa

La inclusión entonces de la supranacionalidad en la Agenda de la Integración Alternativa debe buscar fundamentalmente la estructuración de un mecanismo que promueva una *Armonización Normativa* que permita a través del uso de los principios de aplicación directa y de preeminencia jurídica cumplir con las obligaciones contraídas mediante los instrumentos legales internacionales.

Pero, si lo que realmente preocupa es el contenido de estos instrumentos sobre todo en cuanto se refiere a la elaboración especialmente de los Tratados de Libre Comercio (TLC), que dicho sea de paso son el resultado de los cambios sociales que han puesto de manifiesto aquello que Habermas define como los “cambios paradigmáticos” que a su vez han conducido a la interpretación no solo social, sino económica desde parámetros muy pragmáticos donde es posible advertir la creación evidente de nuevos tipos de derecho. Este fenómeno se ha producido probablemente debido a aquello que el autor denomina como la “materialización del derecho” que se ha traducido en las mutaciones que han sufrido el derecho de propiedad y el derecho contractual. Sobre todo respecto del primero este se ha extendido incluso a los valores patrimoniales de los derechos subjetivos en virtud de los cuales se pueden mencionar no solo los derechos de condición de miembro de asociaciones, sino también las expectativas de ganancias futuras, este ultimo

vinculado al diseño del nuevo concepto de seguridad jurídica, plasmada a través de la figura de la expropiación en el contenido de los TLC.

Probablemente, sean estos dos aspectos la fuente de donde emerge y el contenido que ha sostenido sobre todo en los últimos años una tensión en el esquema gubernamental a la hora de plantear regulaciones específicas que no siempre tienden a favorecer a las empresas multinacionales, lo cual si bien no discute la validez de la norma, pero si demanda su reparación a través de una indemnización por daños en la expectativa de sus ganancias futuras, todo ello de la mano de una de las figuras mas interesantes que se traduce en el “trato nacional”.

Esta ultima constituye una noción que se encuentra inserta en el Capitulo de Inversiones del NAFTA, donde es evidente que la concesión de “trato nacional” a las empresas multinacionales, les reconoce prácticamente un status de Nación y al hacerlo las habilita para demandar a cualquiera de los Estados involucrados en dicho Tratado. Lo cual prácticamente implica una limitación a las acciones de regulación interna de cada uno de los Estados Parte frente a las inversiones extranjeras realizadas dentro de su territorio. Debido fundamentalmente a este tipo de concepciones y a la inserción de la figura jurídica de la expropiación indirecta – una mutación jurídica producto de los nuevos paradigmas- es que ya es posible visualizar una gran cantidad de demandas en contra y entre los Estados suscribientes, a partir de lo cual se plantea la necesidad de crear nuevas figuras jurídicas que protejan no solo la inversión sino también a la población, porque de lo contrario se estaría regulando para empresas y no para personas, desmereciendo entonces la esencia fundamental del derecho como es la persona, mucho mas aun que dadas las circunstancias actuales no seria de extrañar que de seguir practicando esta doctrina sea imprescindible establecer hasta antes de que concluya el presente siglo una nueva Declaración de los Derechos del Hombre, que incluya un sesgo inversionista muy importante.

A.1.2 El conflicto de la Policentricidad

Otro de los aspectos principales en el espectro de la supranacionalidad es el problema de la policentricidad que a su vez no deja de ser uno de los grandes

desafíos que plantea la agenda de la integración ya que esta es una noción muy importante en estos procesos fundamentalmente porque son los que reconocen los diferentes niveles de decisión internos en cada uno de ellos, coexistiendo con la multidimensionalidad de los problemas emergentes, donde cada día es mas patente la necesidad de un manejo transdisciplinar.

Esta policentricidad es una característica de construcción y deconstrucción de las relaciones entre los Estados a partir de las interpretaciones y de la posterior aplicación del derecho, toda vez que es ahí donde se plasma una jerarquía de normas que tienden a resolver a través de la interpretación no solo de las antinomias, sino también de las lagunas jurídicas. En tan particular circunstancia, pues no existe un solo ordenamiento jurídico, sino que varios de ellos han sido conjugados bajo un Tratado (tradicionales, nacionales e internacionales), pero a su vez existen resoluciones y convenios ante los cuales debe procederse al reenvío.

Es por eso, que en cuanto a la interpretación normativa se refiere esta se da a través de la figura de un Tribunal Especial de Arbitraje, o de los llamados Tribunales de Justicia o Cortes, en virtud de lo cual la aplicación se realiza a través de los laudos, fallos o resoluciones emergentes de estos. Siendo evidente que lo que resulte de este procedimiento lograra nuevos mandatos y los anteriores se retroalimentaran de estos, lo cual promoverá a su vez nuevas interpretaciones y por lo tanto se traducirá en nuevas conductas, en un contexto donde aun conviven la “Teoría de la marginalidad” vs. la “Teoría de la transnacionalización” como parte de la dicotomía del siglo XXI, y desde donde es visible como nunca una crisis de identidad.

Entonces, no es de extrañar que debido a ello la interpretación devenga de un sistema de derechos emergentes de sociedades complejas cuya caracterización actualmente lo es mucho más en un contexto altamente globalizado, resultando aun mas problemático si se parte de la idea de que los derechos son relaciones y no cosas, por tanto son reglas institucionalmente difundidas a través de la acción comunicativa desde la cual puede comprenderse que lo específico es lo que puede hacer en un primer caso una persona con otra, y en el caso del derecho internacional un Estado con otro u otros, toda vez que estos son los sujetos. Sin duda este tipo de cuestionamiento de la interrelación entre el derecho interno y el

derecho internacional en virtud de la prioridad de uno sobre el otro, atrae muchas veces la susceptibilidad que se plasma a través de los distintos movimientos sociales internos o de las presiones internacionales; toda vez que es preciso comprender las dimensiones de la policentricidad como uno de los elementos nodales en la construcción de espacios regionales, ya que esta admite básicamente una lectura multidimensional.

A.2 Democracia

El segundo punto en la agenda, es sin duda el de la Democracia entendida la misma desde una visión “delegativa”, que tiene que ver con aquella que admite mecanismos internos de participación, los mismos que deben reflejarse también a nivel comunitario, a partir de la configuración de un verdadero poder legislativo regional, pues solo será desde esta perspectiva que se podrá plantear en el seno de los procesos de integración una verdadera normativa supranacional. Toda vez que la erosión del sistema en los últimos años, es evidente y como nunca requiere de un compromiso comunitario para la superación de los problemas cruciales, que esta plantea como producto del nuevo credo doctrinal basado en: una democracia liberal y el libre mercado, aspectos que han condicionado en los últimos 25 años la transformación social como producto de las reformas económicas y que sin duda no han hecho sino afianzar una mayor diferenciación entre ricos y pobres.

Mucho mas ahora que la globalización “(...) *promove a democracia reside no fato de que ela ignora que los próprios mercados económicos nao prestam contas públicamente*”²⁶¹ infiriéndose a continuación que es el sistema “democrático” el que mantiene vigente la relación con los procesos de integración tanto subregionales como regionales en tanto sostiene un argumento nodal basado en la estrategia de desarrollo.

Pero por otra parte no se debe olvidar que los esquemas democráticos de América Latina si bien tuvieron un alto costo social, actualmente se hallan inmersos en una espiral de descontento social fomentada por las inadecuaciones normativas a la

²⁶¹ Cfr. Mittelman, J. et. al., Ob. cit. p. 39

realidad nacional y si mas bien a una obediencia innata que deviene de sus raíces ancestralmente colonialistas hacia una política económica que lo único que ha logrado es hacer de la marginalidad y la pobreza un derecho de todos en cuanto se refiere fundamentalmente a temas de orden interno. Pero en el orden internacional se esta expresando un atentado contra el sistema a partir de la inclusión de mecanismos de protección y garantía de la inversión extranjera directa (IED) bajo parámetros que no tienen nada que ver con el cumplimiento de los fines del derecho en general de justicia, seguridad y bienestar común, así como tampoco de los fines del derecho de integración en particular cual es la solidaridad.

Después de esta descripción circunstancial es mas evidente que nunca que el sistema cleptocratico de los últimos años esta afectando seriamente la visión y misión de los distintos procesos de integración de la región y en este sentido se hace necesario retomar, repensar y rediseñar la agenda interna de los bloques comunitarios con la intención de fomentar un mayor desarrollo acorde con una verdadera democracia, y con los avances tecnológicos que redunde en una mejor calidad de vida de los ciudadanos de los estados parte.

A.2.1 Pertenencia: “Ciudadanía Comunitaria”

En este sentido no se puede dejar de lado que como producto de esta conducta la inclusión en la agenda de la Integración “Alternativa” la discusión que se origina en la necesidad de consolidar una identidad comunitaria, siendo que a partir de ella se requiere también involucrar conjuntamente el tema de la “ciudadanía comunitaria” como elemento indispensable para la perdurabilidad de los procesos, toda vez que los mismos requieren cierto grado de legitimidad social, porque como afirmara Habermas en su *Teoría de la acción comunicativa*²⁶² la legitimidad de un orden se da en tanto este se puede considerar como una “*categoría de mediación social*” que se construye y deviene de un sistema de comunicación en este caso el del lenguaje expresado en las normas del derecho comunitario.

²⁶² La acción comunicativa es una acción orientada hacia la comprensión ínter subjetiva donde cada actor aparece racionalmente impelido a una acción complementaria a través del efecto del acto del habla. Cfr. HABERMAS, J.: *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998 p. 65

Sin embargo, el exacerbado “neo-nacionalismo” emergente, así como el fomento de un “localismo-racista” esta conduciendo a una seria crisis de identidad al interior de los Estados Parte de cada uno de los procesos de integración entendiéndose desde ya esta noción de “crisis” a partir de los últimos acontecimientos sociales no solo como una palabra infinita e inagotable sino ante todo como un reino de la incertidumbre, según lo afirmara en su momento Díaz. Lo cual esta conduciendo a una búsqueda incesante que parece concluir en la reafirmación de identidades tradicionales, como los quechuas, aymaras y otros, demostrándose este hecho a través de las mas de 11 reformas de índole Constitucional en América Latina de reconocimiento que se han dado en este sentido. Involucrando implícitamente la convivencia de un ordenamiento jurídico nacional con un orden tradicional que deviene de la costumbre y el “imaginario” cultural, que están siendo cada vez promovidos en detrimento del primero, este punto trasladado al ámbito de la integración no ha sido precisamente un facilitador de las relaciones, ya que uno de los problemas fundamentales ha sido ciertamente la compatibilidad entre las reglas y la identidad tradicional, nacional y comunitaria. Siendo de estas, la ultima la que se ha visto mas afectada, en tanto son las reglas que cumplen un rol no solo en el diseño de las nuevas relaciones interestatales, si no que además les otorga una significación importante en tanto son prácticamente expresión de la cultura vigente: la globalización.

A.3 Desarrollo

El tercer punto en la Agenda de la Integración “Alternativa” viene dado por la temática del Desarrollo, desde la perspectiva esencialmente eco-social, ya que se puede destacar que este se encuentra entre los logros mas importantes que pretenden alcanzar todos los esquemas de integración que conviven en el continente Americano, y cuya expresión sin duda se esta dando a través de la generación de figuras jurídicas que si bien promueven la apertura y consolidación de mercados intraregionales, regionales e interregionales a objeto de lograr un mayor flujo de capitales y productos, mediante el fomento de la inversión extranjera directa en las economías nacionales las cuales actualmente se están plasmando en instrumentos legales internacionales que se originan en cada uno de estos procesos.

El contexto de los procesos en general involucra el desafío de crear y desarrollar en principio mercados descentralizados a objeto de consolidar una zona de libre comercio viable, pero también es importante reconocer la necesidad que se tiene de comprender que el Desarrollo no se dará a través de un decreto de la noche a la mañana, sino que el mismo requiere de medidas económicas y de adecuaciones normativas graduales.

Esta tendencia, definida y entendida desde la perspectiva del Banco Mundial como el “cambio cualitativo y la reestructuración de la economía de un país en relación con el progreso tecnológico y social”²⁶³ de lo que se infiere que son las grandes transformaciones en el área de la tecnología lo que ciertamente esta condicionando los cambios económicos y a través de ellos la mutación de las figuras jurídicas.

En este sentido, es evidente entonces, que desde la lógica planteada se comprenda el desarrollo como un símil del “crecimiento económico”, pero a continuación surge la interrogante ¿Qué es o como se manifiesta este crecimiento? Y la respuesta obvia e inmediata parece darse mediante la implantación de mecanismos nacionales que permitan otorgar una certificación de madurez jurídica y de estabilidad económica, aspectos que promueven no solo la inserción sino también la consolidación de la inversión extranjera directa y con ello de un poder paralelo al Estado.

Entonces, este desarrollo económico que se menciona se da principalmente cuando una “sociedad cambia su organización económica, pasando de un sistema tradicional y estacionario a otro moderno”²⁶⁴ y esto es lo que pasó a partir de la aplicación de políticas privatizadoras a nivel interno en los Estados, pero también es cierto que todas estas transformaciones requirieron en su momento de instrumentos internacionales que los respaldaran y en esa dimensión cobraron inusual importancia los TLC, ya que según datos proporcionados por Umaña se estarían negociando actualmente 100 de estos con el perfil que ya se ha descrito en el Capítulo I y que a estas alturas lo que es posible es reconocer que la “preocupación

²⁶³ Cfr. BANCO MUNDIAL, [Internet] www.ciat.org/agroempresas/comercio_justo/htm 15:20 p.m. 12 de marzo de 2006

²⁶⁴ Véase ESPAÑA, Educa. En: [Internet] www.educa.aragob.es/iespgaza/htm 15:25 p.m. 12 de marzo de 2006

de los países por garantizar ventajas comerciales ha llevado en los últimos años a consolidar la moda de realizar Tratados de Libre Comercio, TLC,²⁶⁵ que se origina a su vez en la necesidad de establecer nuevos paradigmas para la relación comercial que plantea la tendencia globalizadora, siendo así que este nuevo fenómeno no está ausente en otras regiones del mundo, aunque también es claro que América sigue siendo el principal sostenedor de este tipo de documentos internacionales.

Ante estos elementos unidos a la nueva lógica de la inversión extranjera directa es claro que se está ante un nuevo modelo de desarrollo donde claramente el adagio popular de *vox populi, vox Dei* ha sido transformada según Cabrera siguiendo la tendencia globalizadora en la *vox mercati, vox Dei*, es decir que: “La voz de los mercados es la voz de Dios. La opinión pública, y sobre todo los gobiernos, han llegado a aceptar que, en materias de política económica, los dictámenes del mercado reflejan lo que es más apropiado para un país, o una región. El lenguaje que utilizan los "mercados" para expresarse es el de las señales de precios y sus oráculos más representativos no pueden ser otro que las Bolsas de Valores”²⁶⁶ lo cual no hace sino demostrar que la IED se constituye en este nuevo contexto en el aspecto más relevante de la construcción de la estabilidad económica de los Estados, ya que por otra parte este desarrollo plantea a su vez grandes cambios, pues ya no se da en los parámetros de una relación este-oeste, porque esta concluye con la caída del Muro de Berlín en 1989, pero tampoco actualmente es exclusivamente norte-sur, pues lo que se evidencia a partir del 35% de la IED²⁶⁷, es que esta se da entre los países en vías de desarrollo generando un nuevo fenómeno al que muchos autores coinciden en denominar como Sur-Sur.

Esta nueva agenda, es realmente todo un desafío a la hora de plantear los nuevos lineamientos de la integración continental, sobre todo por las demandas sociales que implica.

²⁶⁵ Cfr. UMAÑA German, *Lo que se encuentra en riesgo: La CAN*, Portafolio. [Internet] www.portafolio.com.co/proy_porta_online/tlc/opi_tlc/Articulo_Bogota 10 de marzo de 2006. 15:29 p.m. 12 de marzo de 2006.

²⁶⁶ Cfr. CABRERA Mauricio, TLC “*vox mercati, vox Dei*” En TLC_Opinion. Tratado de Libre Comercio Andino-EU.[Internet] www.portafolio.com 10/03/06. Bogota. 15:40 p.m.. 12 de marzo de 2006

²⁶⁷ Este dato representa los 50 billones de dólares que ingresan por concepto de IED entre los países tercermundistas a través de sus distintas empresas como por ejemplo Marcopolo y Embrear de Brasil, Cemex de México, entre otras de igual importancia que son prácticamente las que se mueven en los países en vías de desarrollo. Dato obtenido de la página de BM.

B. Los TLC en la agenda de la integración

Los TLC en la agenda de la nueva integración cobran inusual importancia ya que implica la asimilación de una tendencia internacional cuyos efectos se evidencian en la normativa imperante. Sin embargo es menester señalar que así como es un desafío para los actuales procesos de integración, llegando incluso en algún momento a predeterminar los elementos de su agenda, siendo vital en este sentido establecer si pueden comprenderse éstos instrumentos como el nuevo modelo de integración y de no ser así que riesgos involucraría la construcción jurisprudencial como parte del ejercicio de sus disposiciones en el marco de la sociedad internacional mediante sus vínculos interestatales parece ser la nueva preocupación de hoy.

B.1 ¿Son los TLC el nuevo modelo de integración?

Después de haber analizado los elementos fundamentales de la nueva integración lo que queda pendiente parece ser el definir cuales serán los instrumentos jurídicos mas importantes a manejarse en un mundo donde lo económico se prioriza en función de los intereses privados, generando consecuentemente problemas públicos y entonces surge la interrogante si el diseño de documentos jurídicos como los TLC que básicamente responden a una naturaleza reguladora antes que integradora *per se*.

Si bien estos instrumentos jurídicos internacionales son parte ineludible de la nueva tendencia económica mundial es evidente que a través de su capítulo de inversiones y de la posterior aplicación de la figura de la expropiación indirecta como parte de los mecanismos de protección y garantía de la inversión extranjera directa han condicionado los procesos de integración en un contexto de libre comercio bajo una lógica de “lucha contra la pobreza” a un sometimiento transnacional sin precedentes.

Es en este sentido que ya Umaña cuando se refiere sobre todo al sistema andino de integración (SAI) afirma que “la estabilidad de los mercados entre los países podría mejorar. Pero, por otra parte, los resultados del TLC significara de todas maneras un debilitamiento de la unión aduanera, el arancel externo común y podría

provocar distorsiones en la zona de libre comercio, lo que pondría en riesgo la apertura total de mercados”,²⁶⁸ es decir que no se trata solo de plantear la necesidad de un cambio en cuanto se refiere al diseño que admite este cuerpo legal en su generalidad, porque con éste se están prácticamente avalando las circunstancias de limitación reguladora de los Estados soberanos. Pero, por otra parte es importante señalar así mismo que la línea de acción que implica la expropiación indirecta afecta indudablemente a las relaciones interestatales y desde esa perspectiva a la credibilidad de los procesos de integración.

Desde esta lógica no es posible tipificar a los TLC aunque pretendan establecer una zona de libre comercio (ZLC) como un proceso de integración per se, ya que el mandato que generan sus disposiciones tiene que ver mas bien con un Tratado de carácter reglamentario, además claro esta de que no establece la intención mediante la configuración de una estructura destinada a fortalecer un proyecto comunitario.

B.2 ¿Los TLC un riesgo para la “multilateralidad”?

Ahora bien, después de la reflexión preliminar realizada en torno al contexto, la agenda y la naturaleza de este documento internacional es preciso indicar que a diferencia de los Tratados Constitutivos del cual emergen los procesos de integración, estos por su naturaleza no solo reglamentaria, que deviene de la necesidad de establecer nuevos parámetros para el intercambio comercial en un mundo donde ya no cohabitan el este-oeste en una confrontación abierta, pero donde sobre todo se yuxtaponen la relación norte-sur y la del sur-sur generando a partir de esto diversos problemas.

Surge entonces, la interrogante de ¿si por la naturaleza de su contenido y jurisprudencia internacional adquirida éste (TLC) ocasione sobre todo un riesgo muy notorio para la multilateralidad que se pretende consolidar en los procesos de integración como uno de los elementos más importantes en la construcción y afianzamiento de la credibilidad en éstos (procesos)?.

²⁶⁸ V. UMAÑA German, ob. cit. p.2

Igualmente, queda claro que la multilateralidad estaría en riesgo no solo por la aplicación de figuras jurídicas como la expropiación indirecta sino también por que esta involucra implícitamente una intención de protección y garantía de la inversión extranjera directa, así se ve en detrimento de la función autorreguladora de los Estados suscribientes.

Este problema –el de la multilateralidad- se acrecienta a medida que estos instrumentos jurídicos internacionales (TLC) se negocian en el marco fundamentalmente de una “bilateralidad”, reemplazando a través o con sus disposiciones a los anteriormente conocidos como TBI, APPRI, y AMI, que también fomentaron este tipo de acuerdos, admitiendo a partir de esta característica que constituye mas bien una regla aunque no se descartan conductas bilaterales aunque en menor proporción como son por ejemplo el TLCAN (México, Estados Unidos y Canadá), o CAFTA RD (El Salvador, Honduras, Costa Rica, Republica Dominicana, y Estados Unidos), así como también se encuentra el proyecto del TLC andino con la participación de Ecuador, Perú, Colombia, aunque es evidente que este ultimo ya se adelanto en la suscripción con Estados Unidos.

Sin embargo, si bien es importante abordar esta temática, no se trata en esta parte de emitir juicios de valor acerca de los TLC, sino establecer la dimensión de los riesgos que emergen a partir de sus disposiciones regulatorias respecto de los procesos de integración.

En este sentido, se puede entender que es la expropiación indirecta como la figura estrella de este estudio y que con los casos presentados en el Capitulo III demuestran fehacientemente que la “multilateralidad” entendida en tanto parte de un ***principio de convergencia*** asumida desde el Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI).

Entonces no es raro que los riesgos que se mencionan se patenten mucho más a la hora de establecer nuevos mandatos a través de la interpretación y posterior aplicación de mutaciones jurídicas que sientan jurisprudencia en una lógica que atenta contra este principio y que actúa como un denominador común frente a los intereses de empresas transnacionales.

C. El impacto de la Expropiación Indirecta en los procesos de integración

Después de toda esta valoración acerca del sistema jurídico de la integración es pertinente añadir por otra parte un análisis sobre el nivel de impacto que la expropiación indirecta tiene sobre éstos al momento de plantearse como una protección de la inversión extranjera en un contexto altamente volátil comercialmente hablando.

En este sentido, las consecuencias que esta figura jurídica puede traer al proceso en si son varios, que en un inventario de los menos a los mas muy bien se pueden mencionar: la afectación a los principios de la integración, el debilitamiento de la relación interestatal, que conduce al sostenimiento de una inconsistencia de éstos, la cual se infiere de la repercusión económica que esta admite a partir de los resultados de los fallos internacionales.

C.1 Las consecuencias de la expropiación indirecta en el desarrollo económico

Como ya se mencionó anteriormente la figura de la expropiación indirecta no coadyuva a consolidar la teoría de desarrollo económico vigente en este tiempo ya que es claro que contrariamente a lo que se piensa constituye el arma para frenar al Estado en su labor primigenia y soberana, así como también sirve para afectar los intereses fiscales de éstos al no permitir que las “*ganancias*” planteadas como “derechos privados” sean turbados.

Con esta predisposición que admite un sesgo de desconfianza frente a la acción de los Estados es que ha sido diseñado este tipo de instrumentos jurídicos e incluido así mismo la figura jurídica de la expropiación que ya ha mutado hacia su expresión más dura según la jurisprudencia internacional. Esto ha provocado que las nuevas regulaciones elaboradas bajo estos paraguas hayan afectado grandemente las agendas económicas de los Estados.

Este hecho no hace sino poner de manifiesto que el tan mentado “crecimiento económico” patrocinado por la era tecnológica y que supuestamente halla su

expresión a través de la inversión que requiere de ser protegida y garantizada para cumplir con su fin mas importante: “generar ganancias”, aunque esta ultima intención parece darse “a pesar de todo”, lo cual ya de por si desmerece su naturaleza.

La aplicación de la expropiación indirecta por los tribunales internacionales y el posterior cumplimiento de los Estados de los laudos emergentes de esas circunstancias repercuten en el “crecimiento” interno de estos – Estados-, toda vez que afectan la “distribución equitativa” que es una de las variables de este concepto del siglo XXI. Pero quizás lo mas importante es que se manifieste en el cierre de fuentes laborales ya que las sumas adeudas por demandas internacionales que se argumentan bajo esta figura establecen un monto superior a los 10 mil millones de dólares, que representa per se mas del doble de la deuda externa de Bolivia, o el equivalente a la creación de cerca de dos millones de fuentes laborales durante un año, con estas cifras se demuestra fehacientemente que con medidas como estas es casi imposible generar condiciones favorables en un agenda social donde los tópicos principales parecen ser: pobreza, hambre, desnutrición.

Sin embargo al intercambio internacional y muy especialmente a la inversión extranjera no tiene porque importarle estas circunstancias sociales, ya que para su filosofía económica no representa en ningún momento una variable de “ganancia” ya que no pueden considerarse como posibles “socios”, sino más bien como una mano de obra barata “eventual” y por tanto susceptible de ser explotada.

La expropiación indirecta entonces en el marco de las disposiciones del derecho interno ha ocasionado movimientos que han conducido a profundizar la ingobernabilidad y a acentuar la desconfianza en cuanto a la estabilidad económica que el Estado hubiese planteado como parte de su imagen hacia fuera.

C.2 La situación de la inversión extranjera post expropiación indirecta

Si los conflictos que produce la aplicación de la expropiación indirecta son varios, lo cierto es que la situación en la que quedan las empresas transnacionales se da según sean los resultados que se hubiesen obtenido de los tribunales internacionales. En este sentido si la multinacional resultare ganadora entonces se

podrá observar una empresa no solo contenta sino además floreciente debido al incremento de su capital deviniendo de la “indemnización” que el Estado que hubiese afectado sus intereses estaría en la obligación de dotarle. Aunque en algunos casos a pesar de haber ganado el caso estos se retiran del Estado receptor, incluso con la recomendación internacional de “no invertir” en esos territorios pudiendo citarse en este sentido el caso de *Metalclad vs. México*.

Pero si en cambio la multinacional hubiese resultado perdidosa entonces es claro que no quedaría probablemente con sus inversiones en el país receptor que no habría respondido a sus intereses privados, provocando con ello el cierre de la empresa y coadyuvando con ello a una política de paro laboral, como una medida ante la cual en algunos casos los Estados intentan a riesgo de “perder” el avance conquistado en los tribunales con el objeto de evitar el incremento en los niveles de desempleo.

Ambas situaciones, sin embargo, no hacen sino demostrar el poder que las transnacionales ejercen en los Estados, fundamentalmente, en aquellos que se encuentran en vías de desarrollo.

Este tipo de comportamientos comerciales no hacen sino desgastar ante la imagen internacional al Estado que se ha afectado, pero cuyo reclamo a los ojos de los inversionistas extranjeros ha tomado un ribete de “ridículo”, -por decirlo con suavidad-, ya que es evidente que no se puede admitir que la inversión sea considerada como “nociva” para la sociedad o para su agenda de desarrollo.

D. La credibilidad de los procesos de integración

Después de todo el argumento vertido es evidente que si se limita la función autorreguladora de los Estados se esta procediendo indirectamente al desconocimiento del principio soberano y por ende de la credibilidad del ejercicio interno del sistema jurídico, razón por la cual no es de extrañar que lo mismo suceda en una proyección comunitaria, donde lo que ya no se reconoce no es dicho

principio, sino mas bien el de la validez de otros que juegan un rol protagónico a la hora de construir los sistemas jurídicos comunitarios.

En esta lógica es claro que se debe tener en cuenta algunos elementos que tienen que ver con lograr un grado de credibilidad cada vez mas sólido en torno al proyecto integracionista, ya que solo a partir del ejercicio pleno de los principios puede desarrollarse. Es así que es importante dentro de esta tónica abordar en esta lectura las dos aristas más importantes que promueven un afianzamiento en los distintos niveles de la integración que muy bien pueden resumirse en dos puntos: la ausencia de los principios de integración y el consecuente debilitamiento de la relación interestatal.

D.1 Afectación de los Principios Integradores

Instrumentos internacionales como los TLC demuestran que los principios básicos que los guían están dados por la tendencia comercial del momento, donde es claro que el “lucro” es lo más importante.

Por otra parte cabe indicar que si bien los principios de la integración tienen que ver con la reciprocidad, la proporcionalidad, la igualdad, la fraternidad, la cooperación, lo cierto es que en ningún momento estos forman parte del contenido de los instrumentos jurídicos internacionales (TLC), llamados de “nueva generación”, probablemente porque involucra una mentalidad donde predomina la tendencia que hace un culto del mercado y las ganancias, un contexto donde el hombre parece haberse disuelto para dar paso a la acción de consorcios, cuyos protagonistas han dejado de ser los ejecutivos para convertirse en los “sacerdotes” de los intereses del comercio internacional.

D.1.1 reciprocidad

Se había incidido en este principio en el Capítulo I, pero se hizo desde la perspectiva de la lectura sistémica, sin embargo ahora cabe analizar la contracara que se da desde la interrogante ¿es posible desarrollar la reciprocidad en el contexto planteado por la expropiación indirecta?, la respuesta probablemente parezca obvia, aunque

no necesariamente lo sea por las variables que se entrecruzan y que vinculan este principio comunitario a la relación igualitaria de los Estados y por supuesto a los objetivos del Tratado que en este caso se relacionan con la necesidad de regular la obtención de “ganancias” y a partir de ello no importa la relación entre los miembros en un nivel por demás desigual en jerarquía, ya que se estaría frente al Estado-inversor en los TLC.

Mientras que los procesos de integración promueven que desde una multilateralidad afianzada se destaque un sentido de reciprocidad en el intercambio comercial y en las acciones de inversión, desde lo cual resulta coherente pensar que la reciprocidad no puede cohabitar con la expropiación indirecta, toda vez que esta mutación jurídica implica per se la aplicación de un principio unilateral, empresarialmente hablando y no así de Estado- Estado.

Entonces queda claro que el principio de la reciprocidad no procede en tanto exista una relación desigual (Estado-Inversor) sino en tanto esta admita la participación de un vínculo adecuado no solo en jerarquía, sino también en cuanto a intereses. A partir de lo que se infiere que este principio es afectado por las disposiciones contenidas en el Capítulo de inversiones de los TLC, así como por los fallos de tribunales internacionales de carácter multidisciplinario.

D.1.2 proporcionalidad

El principio de la proporcionalidad al igual que en el anterior punto plantea una gran interrogante ¿es posible lograr proporcionalidad frente a la expropiación indirecta?, a lo cual muy bien se pueden exponer algunos argumentos que coadyuven a establecer una respuesta.

Si bien este principio se relaciona de forma mas contundente con el alcance de los objetivos del Tratado, a través de acciones que no excedan las atribuciones planteadas en el contenido de este, es claro que en el caso de la expropiación indirecta protege el objetivo central que es la “inversión” como un mecanismo que intenta brindar la perseguida “seguridad jurídica”.

En este sentido, es evidente, que no se puede pensar que la integración pueda encontrarse en esta bifurcación jurídica donde parece que la elección reguladora estipulada en el capítulo de inversiones (expropiación indirecta), excluye prácticamente la posibilidad de establecer avances en los niveles de una integración en proceso de consolidación.

En la medida en que se siga aplicando la expropiación indirecta es imposible pensar en el ejercicio del principio de proporcionalidad, ya que per se implica una lógica gradual y progresiva que guarda relación con el desarrollo no solo del sentimiento comunitario sino también de la creación de un orden jurídico de esta naturaleza que contribuya a este objetivo primario y fundamental: integrar.

Pero, parece que la única proporcionalidad que se genera a raíz de la expropiación indirecta se vincula a lo económico, calculándose este principio en la dimensión de los daños futuros y de las ganancias que no podrán obtenerse en virtud de lo cual no puede considerarse por ningún motivo como un elemento que coadyuve al fortalecimiento de los procesos de integración continental, resultando ser una falacia cualquier afirmación contraria.

D.1.3 Igualdad

El principio de la igualdad se vincula a la integración a partir de su función armonizadora que se promueve mediante la interrelación normativa, es en este sentido que esta premisa plantea la base para una relación “recíproca” entre los Estados sobre todo bajo la comprensión de una “igualdad de derechos”, “igualdad de oportunidades”, que se van traduciendo luego hacia el derecho interno.

Pero, visto este principio desde la lógica que la figura de la expropiación indirecta presupone se estaría bajo una relación desigual no solo en cuanto jerarquía (Estado-inversor), sino también en tanto intereses (publico-privado) y entonces si, las consecuencias de la aplicación de esta figura no hacen sino profundizar las diferencias preexistentes.

Esto sin duda plantea a su vez un gran desafío para el diseño de una articulación normativa que logre la cohabitación tanto del derecho interno cuanto del derecho internacional sin que el primero se vea seriamente afectado por el último en virtud del sentido de obligatoriedad mayor que implica en relación del cumplimiento de lo interno según se ha podido observar a través de las diversas actuaciones de los tribunales internacionales que llegaron incluso a desconocer los fallos de Cortes Supremas de Justicia (*Loewen vs. Estados Unidos*).

Entonces, es evidente, que el principio de igualdad se ve afectado por la figura de la expropiación indirecta, toda vez que las consecuencias que devienen de la aplicación de este instituto jurídico no necesariamente implica la consideración de un valor de igualdad social, sino más bien de una igualdad económica “artificial”, cuyo fundamento no se puede considerar ni siquiera como similar, ya que la primera se vincula al contexto de un interés colectivo, mientras que el segundo se refiere al interés particular o privado, resultando así que la dicotomía de igualdad-desigualdad emerge del principio que considera que todos los individuos gozamos del mismo derecho y así como de obligaciones, en este caso entonces se iguala al sujeto en su calidad de inversor con el sujeto del derecho internacional (Estado), ambos similares en la concepción internacional, pero diferentes en la práctica económica y en la finalidad que persiguen a través de esta.

Es por eso, que no se puede dejar de mencionar el daño que la aplicación de la expropiación indirecta como medida de protección de la inversión extranjera directa establece al proceso de integración, ya que si bien hasta ahí se sostiene todavía el sentido del inversor, la relación ya no puede concebirse con un solo Estado, sino en un sentido Comunitario, donde ambos sujetos ya no tienen la misma jerarquía, ya que el inversor sigue admitiendo una naturaleza primaria frente al carácter secundario funcional del organismo de integración.

Y entonces, si con todos estos elementos es visible la afectación que este principio sufre por parte de la aplicación de la expropiación indirecta, está claro que repercute en la credibilidad de las disposiciones jurídicas de tendencia integradora.

D.1.4 Fraternidad y Cooperación

Si bien las dos acepciones guardan relación, se pueden considerar como dos principios separados pero a su vez complementarios, es decir que si se entiende que la *fraternidad* implica un grado de hermandad, esta se origina en una lógica de “amistad internacional” que pretende a través del respeto de la soberanía de los Estados establecer lazos comerciales fundados muchas veces desde los parámetros de la integración en modelos de similitud histórica o de interdependencia económica.

Pero, a la hora de plantearse la aplicación de la figura jurídica de la expropiación indirecta desde una visión neoliberal corporativa, entonces muy bien se podría afirmar que se estaría cuestionando desde una perspectiva particular la actitud soberana de autorregulación asumida por un Estado “amigo” del país de origen del inversor, lo cual en su momento puede llegar a plantear serios problemas diplomáticos, sobre todo si pone en juego su agenda económica interna, así como también la de naturaleza jurídica.

Asimismo, es pertinente señalar, que si bien es importante reconocer también que la noción de *solidaridad* admite caracteres de unidad, interdependencia, esfuerzos y afectos comunes en una lógica moderna se entiende este concepto como un “elemento de legitimidad, como principio jurídico-político (...)”²⁶⁹ y por ende constituye a todas luces una cooperación que involucra a su vez un compromiso de acciones “recíprocas” en un contexto donde impera la diversidad tanto cultural cuanto económicas.

La importancia del principio de la solidaridad radica en lo que alguna vez Leroux había concebido como el “constitutivo esencial” del progreso de la humanidad, ya que se comprende este desde la lógica aristotélica como una noción vinculada a la igualdad mutua donde impera una lucha conjunta por un *nosotros* a partir de lo que muy bien se puede reconocer un ingrediente ideológico desde lo cual es posible pensar en la construcción de los sistemas de integración como los que actualmente conviven en el Continente (CA, MERCOSUR; MCCA, etc.).

²⁶⁹ Cfr. DE LUCAS Javier, *El concepto de Solidaridad*. México. Distribuciones Fontamara S.A. 2ª Ed. 1998. p.23

Entonces ya no extraña que se utilice esta noción en la intención de imprimirle como afirmaba Lucas de la “legitimidad” que hoy por hoy se constituye en el elemento central para el fortalecimiento y la credibilidad de los procesos de integración, porque después de todo “(...) cada solidaridad crea su propio Derecho, y en este sentido el Derecho es su símbolo (...)”²⁷⁰ infiriéndose de esta afirmación tan nítida en su contenido y alcance que depende de los parámetros de solidaridad que se establezcan en el seno de la sociedad internacional, los cuales incidirán en la creación de un derecho con características especiales como respuesta a la cosmovisión mundial de la vida, la economía y la política, estructurándose a partir de esas premisas el “nuevo pacto social internacional” donde desde la aplicación de la expropiación indirecta parece haberse generado el “nuevo derecho trasnacional” al que no le importa no solo limitar las funciones del Estado sino también herir de muerte a la sociedad en su conjunto al imponer ante todo sus intereses pro ante la protección de la salud, las condiciones medio ambientales entre otros.

Todos estos elementos ahora coadyuvantes de una sociedad “**insolidaria**” cuyas normas son el reflejo perfecto no hacen sino plantar las bases de una seguridad jurídica que parece admitir un carácter *ad eternum*, fundamentalmente económico donde alguna vez pareció encontrarse el individuo como premisa central.

Esta sociedad que se ha convertido al culto de un *Deus Mercati*, cuya doctrina se expresa en su parte mas importante en la creación de disposiciones jurídicas de protección a la inversión extranjera, siendo uno de sus logros mas importantes la inclusión y aplicación de la figura jurídica de la expropiación indirecta que ha ocasionado diversas reacciones sociales devinientes principalmente de los efectos jurídicos que han generado los fallos y/o laudos de tribunales internacionales.

Son estos motivos los que ponen en evidencia que la influencia que generan los efectos de la aplicación de la expropiación indirecta son negativos para los procesos de integración comprendidos desde un principio fundamentalmente solidario.

²⁷⁰ Cfr. LAMO DE ESPINOZA *Funcionalismo*. Ob. cit. P.11

D.2 “Debilidad” de la relación Interestatal

Todos estos elementos no hacen sino poner en evidencia que el nuevo sistema neoliberal de protección y garantía de la inversión extranjera contenida en instrumentos jurídicos internacionales como los TLC y otros de similar intención, están ocasionando un resquebrajamiento en la confianza recíproca de los Estados, lo cual per se implica a su vez un debilitamiento del proceso integrador.

Un claro ejemplo de esta afirmación resulta el TLC suscrito entre Estados Unidos y Colombia, el mismo que logrará a futuro desde el condicionamiento comercial y de inversión que incluye dicho documento una fractura en los acuerdos suscritos sobre estos tópicos en la Comunidad Andina, y lo mismo sucederá en el caso del CAFTA RD, dentro el sistema Centroamericano de Integración, pero esto parece no importar a la hora de conseguir “mercados” con caracteres de “inmunidad”.

Este debilitamiento de la relación interestatal deviniente de la aplicación de medidas como la expropiación indirecta, se patentiza con el grado de desconfianza que asume el Estado receptor frente al Estado de donde es originaria la inversión, produciendo una sensación de inseguridad jurídica e inestabilidad económica, que es lo que ha pasado por ejemplo en los Contratos Internacionales suscritos entre las Petroleras y el Gobierno Boliviano y que actualmente se hallan en proceso de renegociación por acusar fundamentalmente el incumplimiento de requisitos formales. Pero es preciso en este sentido aclarar que si bien esta figura es una de las mas importantes que se han dado en el contexto de la economía jurídica del Estado Boliviano, no se origina en ningún momento en las disposiciones contenidas en un TLC, sino mas bien en el de un TBI, que al igual que el referido cuerpo legal admite esta figura de protección.

Por otra parte, es importante señalar también que el debilitamiento de la relación interestatal conduce indudablemente a la disminución de la inversión y con ello a un menor interés en el mercado del país receptor llegando incluso a la necesidad de retirarse de el por falta de certeza económica y jurídica; actitud esta que induce a otros Estados a obrar de la misma forma.

Asimismo, este debilitamiento coadyuva innegablemente a la fragmentación de los niveles de integración que se encuentran en proceso de consolidación en el Continente Americano, siendo este hecho realmente peligroso sobre todo a la hora de redefinir elementos como la soberanía, supranacionalidad y democracia. Sobre todo respecto de estos últimos ya que se estaría cuestionando la estructura institucional del siglo XXI que parece inscribirse en una transición del Estado-Nación percibido y entendido bajo parámetros tradicionales hacia el Estado-Continente del cual emergen las necesidades de redefinir no solo las nociones mencionadas, sino también las del derecho internacional por el derecho transnacional, y otras parecidas, que son las que otorgarán la tónica justa al relacionamiento interestatal que se pretende.

SEGUNDA PARTE

LINEAMIENTOS PARA LA RELACION: ESTADO-INVERSOR

Después de toda la reflexión histórica, jurídica, política y económica realizada es evidente que la expropiación indirecta afecta la seguridad de los Estados y a la credibilidad de los procesos de integración, siendo importante y necesario entonces plantear algunos lineamientos que puedan revertir los efectos negativos de esta medida.

En este sentido resulta siendo fundamental la comprensión de que la protección y garantía de la inversión extranjera no puede circunscribirse dentro la lógica neoliberal corporativa a lo estrictamente particular en detrimento del colectivo y del bien social, es decir que medidas como la expropiación indirecta ya no pueden concebirse bajo la premisa planteada hasta hoy sobre todo de equivalencia normativa entre la nacionalización y esta, nada mas lejos si se hace una revisión como la establecida en el Capítulo II de esta investigación, en virtud de lo cual es preciso recordar igualmente que dicho contenido con mas o menos matices, lo único que ha logrado hasta ahora es ocasionar problemas económicos a los estados y a partir de ellos también a la sociedad.

Es por eso, que los lineamientos para la relación: Estado-Inversor que pretendan lograr a través de su diseño normativo en un lógica mas armónica debe ante todo

considerar lectura principista, a la cual además debe agregar los alcances y efectos de la aplicación del derecho y de la generación de nuevos mandatos (jurisprudencia), con el fin de coadyuvar en la labor de fortalecer el sentido de la seguridad de los Estados y con ello aportar a la consolidación de los procesos de integración.

I. DE LOS PRINCIPIOS

Si bien la tendencia internacional en este momento guarda una estrecha relación con la teoría económica liberal desde sus sesgos profundamente neoliberales, no necesariamente significa que sea la mas adecuada, aunque si la que contextualmente se ejerce mediante las medidas de privatización y/o capitalización.

Pero, también es cierto que el principio regulador de esta tendencia es el “lucro” o la “ganancia”, las cuales se expresan normativamente a través de la figura de los “intereses” que por consecuencia como parte de una acción “solidaria” de la economía internacional debe ser protegida de cualquier disposición que afecte la esencia de este principio fundamental. Entonces la idea de de generar una actitud diferente sobre los efectos que devienen de la instrumentación principista del mundo globalizado donde los esquemas económicos predominan en una estructura básicamente empresarial y de sesgo multinacional.

Es verdad que el mundo ha sido sobrepasado en su dimensión social y ha adoptado una elipse económica, cuya ascendencia se da solo a través de un increscendo de políticas limitadoras del Estado y el Derecho, de la solidaridad y la igualdad, y de muchos otros aspectos similares que en forman parte de la lectura social de hoy donde parece escribirse la nueva “Declaración de los Derechos del Inversor” vs. Las obligaciones del Estado y la marginalidad social.

Entonces, si ya no es posible hablar de un principio de sesgo humanitario porque no tiene absolutamente nada que ver con los “Derechos de solidaridad” lo cual aporta sin duda un tono muy preocupante al futuro de la relación interestatal.

Los principios lejos de ser ignorados por la nueva política económica del mundo, deben ser tomados en cuenta, porque no se puede establecer normativas artificiales como son las que contienen distintos instrumentos jurídicos internacionales que lo único que logran es disfrazar o adecuar las disposiciones a los intereses transnacionales un claro ejemplo de ello viene siendo el Protocolo de Kyoto y sus Derechos de Comercio de Emisiones, solo por mencionar alguno de estos – instrumentos-. Por otra parte, es importante reconocer también que el principio de *reciprocidad* no puede estar condicionado a una lógica de fuerza, de poder económico y político, porque los Estados tienen la misma jerarquía para el derecho internacional. Igualmente, se debe indicar que el desarrollo pleno del principio de la *proporcionalidad* se lograra únicamente con el fortalecimiento de los procesos de integración desde la armonización de las medidas comunitarias, nacionales y tradicionales con las internacionales, pero también es cierto que la gradualidad no puede entenderse sin un compromiso serio de construcción solidaria de un proyecto común que promueva el desarrollo económico interno de los Estados.

Es pertinente así mismo, recordar que en el Capítulo I se abordaron algunos principios del derecho comunitario, considerados importantes para la sostenibilidad, y la credibilidad de los procesos de integración. En este sentido es claro que los dos anteriores guardan una estrecha relación con el principio de *aplicación directa* que deviene de la obligación de cumplimiento asumida por los Estados respecto de las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales y cuyo respaldo se encuentra en el principio de *preeminencia* que juega muchas veces a dos caras en tanto implica en algunos casos una interpretación interesada desde perspectivas que admiten sesgos monistas y dualistas en sus mas diversas y creativas formas.

Todos estos principios no son nada sin el *principio de la solidaridad* que según Grim es la Grundnorm del sistema jurídico, (aunque su afirmación tiene relación con el orden jurídico nacional, el espíritu de la noción muy bien es traducible a los procesos de construcción comunitaria de la Región en tanto implica básicamente el cimiento de éstos) que indiscutiblemente se forja a través de las acciones comprometidas de los Estados.

Es en virtud de estos elementos que no se puede seguir manejando una agenda de inversiones internacionales tan permisivas y agresivas a la vez si lo que realmente se quiere es dejar sentado un buen precedente para un probable futuro, donde los estados ni las personas tengan que “sobrevivir” de la influencia y el dominio de las multinacionales. Un futuro donde el hombre sea el protagonista y no la economía, donde el mercado deje de ser el culto por el que esta permitido avasallar y doblegar la soberanía de los pueblos.

Sin embargo, no se piense que se trata de dar una receta mágica, sino solamente de promover una disquisición acerca de cómo se están conjugando los valores sociales mas importantes en un contexto altamente globalizado, donde ya hay secretos que la economía no comprende, donde hasta la naturaleza que no ha sido creada por el hombre esta siendo patentizada, de acuerdo con las disposiciones de los últimos TLC, o también en algunos casos se han establecido que los “riesgos” devinientes de la expresión popular a través de la cual se construye y deconstruye el poder popular se considere como un “atentado” a los intereses de las multinacionales generando para el Estado el conflicto de atender a los requerimientos de las empresas o de satisfacer las demandas sociales.

¿Y entonces que se pretende en estas circunstancias?, ¿Qué bien hacen los principios vigentes a la sociedad internacional?, ¿Qué logros se pueden apuntar de la interpretación y posterior aplicación de la “expropiación indirecta” para los Estados, y la relación internacional?, como se vera, todas y cada una de estas interrogantes no hacen sino alimentar nuevas preguntas a medida que emergen o se construyen sus respuestas, pues todas, absolutamente todas conducen al afianzamiento de argumento que tiende a soldar los parámetros de una economía que todavía anda generando posiciones encontradas entre los globalifobicos y los globalitotalitaristas.

Con todos estos problemas a cuestas no resulta fácil diseñar la agenda principista, mucho mas aun si el enlace de estos deba darse a partir del principio de la *supranacionalidad* que como ya se apuntara en el Capitulo I y en la segunda parte de este (Capitulo II.A.1) aguarda su tratamiento y reconocimiento desde una perspectiva mas abierta, comprendiendo sobre todo que no se esta atentando en

ningún momento contra la soberanía y mucho menos contra las determinaciones internas que eso supone, sino que lo que se busca es la articulación desde las normas constitutivas de este principio con la soberanía y el compromiso con el proyecto que puede redundar en una posición mas fortalecida de los procesos de integración regionales y subregionales.

Por otra parte la multilateralidad que se origina en el principio de la *convergencia* es considerada actualmente como un peligro para los objetivos comerciales y de inversión que persiguen los instrumentos jurídicos internacionales diseñados para el efecto, como un fantasma para los intereses multinacionales, toda vez que la suscripción de un documento jurídico con la participación de mas de dos Estados es prácticamente cuesta arriba y difícil de lograr, aunque también hay excepciones a esta regla como son los casos de NAFTA y CAFTA RD,. Asimismo se puede detectar que al fomentar este tipo de negociación y consolidación en la formación de los TLC se estarían afectando también el principio del *pluralismo*, ya que implícitamente se estaría prejuzgando la posición política de los Estados y condicionándolos indirectamente, como es el caso del TLC suscrito entre Estados Unidos y Colombia que de forma directa afecta los intereses Bolivianos respaldados por la normativa comunitaria e internacional, llegando a plantear una fisura muy importante a las relaciones que sostienen ambos países.

Pero también, es importante indicar que con ello se coadyuva a pasar por alto el principio de la *Multiplicidad* que involucra básicamente el logro de un consenso frente a las posibilidades de apertura y consolidación de los mercados regionales y extra continentales, ya que es previsible que con el mantenimiento de los subsidios internos a sectores agropecuarios o la protección y garantía de la inversión extranjera directa con medidas como la expropiación indirecta se estaría prácticamente no en una relación precisamente consensual, sino mas bien de imposición de figuras normativas que requieren ser implantadas como una condición *sine qua non* para el logro de los objetivos y la “artificial” apertura de un mercado provechoso para la economía nacional.

Como es posible advertir después de todos estos argumentos es evidente que la mutación que ha sufrido la expropiación a su versión mas celebre –“indirecta”- ha

conducido sobre todo a los países que la han aplicado a sufrir los rigores de pérdida económica y de autoridad jurídica, pues han debido retractarse de sus disposiciones de carácter preventivo y en algunos casos protectorio en el uso de sus facultades soberanas.

Es por este motivo que la agenda internacional del comercio y la inversión no pueden seguir desarrollándose en la convicción que se origina en la confusión que el hombre actualmente mantiene, mucho más aun si las instituciones se consideran como el nexo entre la sociedad y el entorno.

Todos estos principios deben en otras palabras estar agendados en las intenciones comerciales y de inversión si lo que se desea es “mejorar” –aunque resulta relativo este termino porque nunca como ahora se puede observar la plenitud en la que se encuentra la protección de la inversión extranjera directa - las condiciones en la relación de Estado-inversor a objeto de promover una mayor credibilidad en los procesos de integración y con ello coadyuvar de forma directa a la seguridad de los Estados.

II. DEL DISEÑO NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES (TLC)

Abordar este punto es vital si se quiere entender la lógica que han seguido hasta ahora en cuanto a su diseño los Tratados de Libre Comercio (TLC) que en la mayoría de los casos como se ha podido advertir no hace sino responder a un patrón internacional, cuyo matiz mas importante viene siendo una línea conductual de protección al comercio y la inversión.

Este hecho como ya pudo observarse a lo largo del presente estudio ha logrado consolidar un nuevo escenario jurídico internacional sobre todo en cuanto se refiere a la figura de la expropiación indirecta que es quizás la que mas ha aportado en esta labor a través de los mandatos emergentes de los laudos arbitrales de los Tribunales del CIADI y la CNUDMI.

Es por eso, que el nuevo diseño de los TLC debe involucrar elementos vinculados a promover una relación Estado-Inversor donde los derechos tanto de uno como de otro sean respetados, ya que el fomentar normativamente hablando una limitación a la finalidad autorreguladora de los Estados se estaría produciendo una desigualdad. Y esto es algo que debe superarse en los próximos diseños normativos.

La idea es que estos nuevos instrumentos jurídicos internacionales no dejen de proteger la inversión extranjera directa, pero lo que también es cierto es que la sociedad transnacional no debe esperar el apoyo por los matices que están adquiriendo las relaciones políticas entre los Estados que se está reflejando en un tira y afloje por el dominio internacional.

Lo cierto es que desde los parámetros planteados en el contenido jurídico del TLCAN vigente desde 1994 se ha visto una verdadera evolución no solo en cuanto a la protección del comercio y de las inversiones como objetivo central del mismo, pues partió siendo un instrumento comercial destinado a lograr una apertura de mercados y consolidar las ventajas preexistentes en México y Canadá, por otra parte la inclusión de un capítulo de inversiones respondió entonces a la tradición de incerteza que le proporcionaba México (pues no se debe olvidar las acciones asumidas por el Presidente Lázaro Cárdenas en 1938 entre otros).

Sin embargo, después, del afianzamiento de la unión Europea con la construcción y aplicación de un sistema económico viable y fuerte emergió la primera propuesta como parte de la necesidad de confirmar su dominio – el de Estados Unidos- sobre el mercado latinoamericano, intención que fue plasmada en el contenido normativo del ALCA, reflejando la extensión de los primeros TLC suscritos con otros Estados hacia un nivel general. Pero muy a pesar de ello no logro construir el consenso necesario para su suscripción, siendo así que la intención comercial desemboco en una babel de dimensiones ontológicas, fenomenológicas y porque no decirlo económicas.

Las primeras actitudes de tendencia negativa que logro despertar el ALCA desde su naturaleza de TLC-Continental, unido al impacto que causo en la economía y la política mundial el atentado del 11-S, reconfiguro la idea norteamericana de darle un

matiz eminentemente comercial y de inversión a estos instrumentos, dotándole desde entonces de un cariz de estrategia nacional (de Estados Unidos) en la lucha contra el terrorismo internacional, resultando entonces, obligatorio la inclusión de este elemento en la agenda exterior como una expresión que esta lejos de “pedir permiso” para la apertura de mercados, para transitar a la “imposición” y en algunos al “condicionamiento” respecto de la apertura, consolidación y mantenimiento de los mercados.

Y si este es una de las características mas notables de los actualmente celebres TLC, es imprescindible considerar la necesidad de establecer los lineamientos que coadyuven a humanizar dichos instrumentos en virtud sobre todo de la dicotomía citada anteriormente (marginalidad vs. Transnacionalidad) y que sin duda esta logrando provocar un desequilibrio que de persistir lograra deslegitimar el sistema “democrático”, toda vez que con las actitudes que preestablecen los diseños de estos instrumentos jurídicos internacionales así como los efectos que devienen de éstos no hacen sino incrementar los niveles del cinturón de pobreza, por ende de desazón social, de desconfianza en el sistema democrático y por consiguiente de indiferencia frente a los procesos de integración.

Pero, tampoco se trata para mejorar las condiciones de cambiar el nomen como algunos plantean (Tratado de Comercio de los Pueblos, TCP), a objeto de establecer con ellos líneas mas claras, aunque no necesariamente sea así, ya que si bien se tiene la convicción de que la economía en los parámetros que plantea la globalización solo podrá funcionar eficientemente través de mercados “muy” abiertos tanto a los productos como a la inversión.

Este hecho se ha vuelto una doctrina fundamental de ejercicio económico entre los países en vías de desarrollo, ya que Estados como Japón y otros todavía se dedican a otorgar subsidios a muchos de sus sectores productivos, contrariamente a lo que se negocia como base de las nuevas inversiones extranjeras, desde una lectura esencialmente proteccionista.

Es por eso, que no resulta extraño encontrarse con problemas internos en los ámbitos jurídico, político, económico y social en los Estados Parte de este tipo de

instrumentos internacionales, como producto de su diseño normativo y es en ese momento que surge la interrogante de si ¿es posible lograr un nivel de desarrollo en la coyuntura económica actual sin los TLC tal cual vienen en paquete? Pero quizás la respuesta más contundente a esta pregunta se origine en el perfil y las características con los cuales se pretenda perfeñar la economía de los mercados a partir de una estrategia de inversión y producción.

Los TLC centran su argumento en cuanto se refiere a sus disposiciones de protección del comercio y la inversión en la generación de un crecimiento económico visible, a través del incremento de las exportaciones, nada mas alejado mítico ya si bien se mantenía esta premisa desde la lógica económica que proponía la relación norte-sur, lo cierto es que actualmente ya el fenómeno no viene dado en esas dimensiones sino en la contundencia de inversiones sur-sur.

En este sentido el diseño normativo de los TLC ya no debe responder a una preocupación de perfeccionamiento de un dominio condicionado, sino mas bien a un predominio equilibrado en los mercados en cuanto esto implica igualdad de condiciones y protección y garantía de los derechos fundamentales establecidos en instrumentos de primera jerarquía normativa (Constituciones), aunque parezca una medida subjetiva que no combina con la creación *pret a porter* de la economía.

Por otra parte los diseños normativos de cualesquiera instrumento internacional, debe por su naturaleza obligatoria para los Estados suscribientes establecer mecanismos adecuados respecto de la protección y garantía para el comercio y la inversión en condiciones lo suficientemente equitativas tanto para los países cuanto para los inversores.

A. ¿Los TLC: una forma de vencer la “incompetitividad” comercial y productiva?

Los TLC han adquirido para su afianzamiento un slogan implícito que lo vincula prácticamente con una lucha económica contra la “incompetitividad” comercial y productiva, que parece haberse convertido en el fundamento mesiánico que se les esta pretendiendo otorgar al contenido jurídico de los TLC, ya que según varios

analistas económicos la apertura de mercados “libre de aranceles” que promueve este documento en países como Estados Unidos, que estaría sirviendo a su vez para la generación de puestos de empleo directo e indirecto en las economías de los países en vías de desarrollo.

Nada más contradictorio si se consideran los efectos de esta “lucha”, ya que involucra el cierre de empresas “incompetitivas”²⁷¹, y por ende un incremento en los niveles de paro (desempleo). Demostrándose así que la intención de lograr con la aplicación de sus disposiciones articular una economía, cada vez más pragmática, que ya no admite ni subvenciones y mucho menos seguir existiendo (las empresas) a pesar del consumidor, queda en entredicho.

En este sentido, planteado así el Tratado Comercial de los Pueblos (TCP) pareciera admitir cierta cordura, pero la pregunta que deviene enseguida es ¿si este tipo de instrumentos lograra en la escala evolutiva de los TLC insertarse de forma positiva para los intereses comerciales y de inversión de las empresas transnacionales?, de no ser así, no sería solo una aventura, sino también una pérdida de tiempo innecesaria y peligrosa para la economía de los pueblos.

Entonces, lo que si queda claro es que no puede encargarse ni responsabilizarse por el fracaso de las empresas nacionales incompetitivas a los TLC o pretender salvar estas con TCP, ya que para que cualesquiera de estas cosas pase depende del diseño normativo y de las directrices principistas vinculadas a dicho contenido.

Lo cierto es que si lo que se pretende es lograr superar un nivel de “incompetitividad” productiva y comercial, no es preciso hacer uso de este tipo de instrumentos, existiendo otros medios y mecanismos para solucionar este problema económico muy común de las economías “administradoras” de una deuda externa.

²⁷¹ Este es un término coñado por Juan L. Cariaga cuando se refiere a las intenciones de los TLC, respecto de las afirmaciones de las afirmaciones vertidas por el Presidente de la Republica de Bolivia (Evo Morales) sobre el tema comercial-productivo Vid. CARIAGA Juan. En Hablando en Parábolas. La Paz. Economía y Finanzas. Matutino La razón. Artículo. Domingo 19 de marzo de 2006. p. A6

B. Un nuevo diseño: entre la limitación y la ilimitación

Este es sin duda el *to be or not to be* de las economías nacionales de los países en vías de desarrollo a la hora de negociar los Tratados de Libre Comercio (TLC), hasta donde y hasta cuando guiar los alcances de estos instrumentos parecen ser la tónica de los debates y de la construcción o deconstrucción de los consensos Estatales.

¿Cuál debe ser el Límite de los objetivos y a partir de ello de las medidas de protección a la inversión extranjera?, ¿Debe admitir algún límite esta protección? ¿Qué se debe preservar: los Derechos (intereses) de la Empresas Transnacionales o la finalidad autorreguladora de los Estados? Estas son solo algunas de las preguntas que deberán considerarse en la elaboración del nuevo diseño normativo de los TLC, ya que es evidente que las consecuencias ya se encuentran por demás difundidas en el contexto del escenario jurídico internacional.

Por otra parte, el diseño normativo de este cuerpo legal debe responder a una estructura desmarcada de un fanatismo neoliberal o un fundamentalismo endogenista, ya que lo que tiene como objetivo regular son las relaciones de mercado en los parámetros inversor-Estado.

Es por eso, que establecer los límites en los futuros TLC son lo más importante, toda vez que está en juego la noción de soberanía, la estabilidad económica y la seguridad de los Estados, así como también la credibilidad, legitimidad y futuro de los procesos de integración y seguir dejando o permitiendo la negociación y la aplicación de este tipo de normas en las condiciones actuales implicaría básicamente establecer los nuevos parámetros de una agenda jurídica de certezas y paralelamente de un incremento social, político y económico de incertezas.

C. Los parámetros normativos del nuevo diseño

En cuanto a los parámetros normativos sobre los cuales debe establecerse la estructura dispositiva de los TLC estos deben partir de la comprensión de que las Reformas al Estado que han enfrentado los países latinoamericanos en los últimos

años como producto de la crisis económica y fiscal, así como también de una crisis política que se ha reflejado en la pérdida de confianza en el sistema democrático y por ende de la institucionalidad traductora de las demandas sociales “tradicionales”, logrando un incremento de movimientos reivindicatorios de intereses parcelados produciendo un serio daño al Estado y a los Partidos Políticos, plantea hoy la necesidad de rediseñar el marco jurídico en base los consensos internos e internacionales a objeto de lograr una evolución paulatina, equilibrada y por tanto justa para las partes.

Sin embargo, los problemas institucionales a los que se hace referencia son consecuencia lógica de un diseño normativo inadecuado en el derecho interno, pero si esto se traduce al contexto comunitario seguro se esta frente a una constante policentricidad para la cual muchas veces es difícil encontrar consenso para lograr una formula armonizadora de las normas en conflicto.

Es por eso, que los parámetros normativos de los TLC con relación a estas circunstancias debe tender a fortalecer el sistema democrático y de los procesos de integración que parecen ser y lo han demostrado la formula mas eficaz hasta el momento para el desarrollo económico en un mundo donde ya no es viable el “aislamiento” estatal de la comunidad internacional.

Pero también, es probable que los problemas que enfrenta actualmente la sociedad latinoamericana respecto de la integración se deba al fenómeno de la *legitimidad separada* que se ha dado en torno a la construcción de un sistema democrático interno y de un sistema comercial-político comunitario, que no han hecho sino alentar los conflictos mas importantes y comunes en los diseños normativos del Continente.

Asimismo, otro de los problemas fundamentales viene siendo la ausencia de identificación que existe entre los poderes del sistema comunitario y el del sistema nacional, es decir, la proyección comercial y de inversión traducida en Actas, Decisiones y Resoluciones, que parecen no expresar la verdadera expectativa de los pueblos y mucho menos cuando se cuestiona la “legitimidad” de los Poderes (Consejo de Presidentes, Parlamento y Corte de Justicia) -toda vez que sus

representantes en algunos casos no son producto de una elección que involucre la participación de la ciudadanía- y cuyo conflicto de asimilación y aplicación se da a través de una lectura cruzada de disconformidad no siempre manifiesta.

Estos son los espacios que los TLC han aprovechado para incursionar con su filosofía bilateralista en la negociación de acuerdos comerciales, pero que si lo que se quiere es lograr la permanencia de los sistemas de integración es necesario asumir también la existencia de una problemática social y cultural por una parte que se expresa en la praxis política, lo cual no hace sino ratificar la idea de necesidad que se tiene de establecer un nuevo diseño normativo bajo estas consideraciones en cuanto se refiere a lo jurídico, mientras que por otra parte es nodal lograr un cambio en el enfoque de “ejercicio” que se tiene de las funciones del Estado (aspecto cultural y social).

Para conseguir todos estos elementos es evidente que se deben considerar dada la tradición de incertidumbre que plantea la sociedad latinoamericana mecanismos de control social, pero también de control comunitario. Estos dos aspectos combinados en dosis precisas seguramente plantearán una irrefragable seguridad jurídica beneficiosa para ambas partes (Estado-Inversor).

Esto no significa en ningún momento una reivindicación de la cláusula Calvo, ni intenta ser una receta, pero lo que si se pretende es plantear los primeros lineamientos de reflexión en torno a esta problemática, toda vez que se entiende que solo la simbiosis de los marcos normativos –sin pretender establecerse en teorías monistas o dualistas- son los que pueden garantizar junto a la creación de mecanismos de control social que no pueden designarse como “medidas equivalentes” o “riesgos” solo con el fin de proteger la inversión extranjera directa.

III. DEL ALCANCE NORMATIVO DE LA “EXPROPIACION INDIRECTA”

Después del análisis realizado a partir de los principios, y del contenido normativo que deben considerarse en los futuros instrumentos jurídicos internacionales (TLC) se hace evidente la necesidad de plantear algunos elementos vinculantes a la figura de la expropiación indirecta, siendo importante en este sentido abordar esta relación

desde las perspectivas de la interpretación, aplicación y el mandato internacional (jurisprudencia).

A. De la interpretación

La interpretación normativa de la figura de la expropiación indirecta ha generado una suerte de conflictos a la relación Estado-Inversor, toda vez que ha reconocido en el proceso de interpretación de este instituto jurídico la participación de Tribunales Externos al circuito del orden jurídico nacional de los Estados. Este hecho unido a la impotencia del pueblo de conocer los principios en los que se ha basado la interpretación jurídica de esta figura contenida como medida fundamental de protección a la inversión extranjera directa ha ocasionado no solo revueltas populares, sino también un descreimiento en las regulaciones internas de los Estados llegando a afirmar en algún momento que se estaría produciendo un sistema normativo interno paralelo destinado a proteger de forma privilegiada las IED.

Prácticamente, el sistema normativo concebido desde la postura de Aarnio como un “conjunto de enunciados que tienen al menos una consecuencia normativa”²⁷² que se infiere a partir de la interpretación, ya que esta última acción impacta en el sistema en sí a través de la reflexión que implica sobre los aspectos valorativos que implica, porque es evidente que “todo sistema normativo también es un sistema axiomático”²⁷³ y es desde este tipo de consideraciones que la interpretación normativa involucra un serio compromiso en la construcción teórica del derecho.

Esta interpretación normativa que se ha dado en relación con la expropiación indirecta desde el razonamiento de tribunales arbitrales internacionales debe reconocer como ya se mencionó anteriormente la naturaleza de la relación (Estado-Inversor) a fin de plantear los aspectos más fiables de este tipo de procesos en tanto implican a su vez intereses de orígenes distintos. Es por eso que siguiendo siempre

²⁷² Cfr. AARNIO Aulis, *Los Sistemas Normativos como Base para la interpretación jurídica*, En Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ed. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política 40. p.105

²⁷³ Cfr. AARNIO Aulis, ob. cit. p. 106

esta lógica es importante señalar que para establecer un marco interpretativo adecuado a las circunstancias y demandas internacionales emergentes de las consecuencias de los resultados de los casos ya estudiados es preciso lograr una flexibilidad en los principios de:

- a) **privacidad y/o confidencialidad de los procesos arbitrales** en los casos de expropiación indirecta, ya que los intereses en conflicto no solo son distintos en sus orígenes sino también en el enfoque de los fines que pretenden y de la naturaleza de los sujetos que se enfrentan, razón por la cual la interpretación realizada por dichos tribunales debe admitir la participación de las entidades que lo soliciten y cuyo objetivo sea la defensa de lo que se encuentra en litigio y no así de instituciones que pretendan establecer contextos anárquicos.
- b) **Igualdad**, ya que a partir de este principio se presupone la existencia de mismas oportunidades, cuya practica se considera en la similitud de los sujetos de los distintos ordenes jurídicos (nacional-personas; e internacional-Estados), en virtud de lo cual pareciera no necesitar una transformación importante. Sin embargo cabe indicar que si es preciso ya que se requiere de niveles de igualdad en la consideración de los efectos que generan las acciones de los inversionistas en los habitantes de un determinado Estado, -ya que el Estado no es un concepto abstracto-.

Ya que ambos implican una línea de interpretación que se adecua a las necesidades de los Estados de dotarle de un equilibrio a esta acción, a partir de su consideración axiomática, es decir de valores que reflejen un rol responsable del estado ante la sociedad así como también del respeto del inversor hacia los bienes comunes de ésta, ya que la interpretación no hace mas que traducir las ordenes, prohibiciones y permisiones de las normas jurídicas y en el caso particular de la expropiación indirecta esta pretende hacer evidente la prohibición de atentar contra los intereses de la IED, ordenar su indemnización en caso de daño, y permitir al Estado limite su final autorreguladora.

Lo importante entonces, es retomar la idea de que la “interpretación jurídica se distingue de otros tipos de interpretación lingüística por la naturaleza de las razones sobre las que la interpretación se basa o puede basarse”²⁷⁴ infiriéndose que el instrumento que sirve para el efecto en este caso esta dado por los distintos artículos sobre expropiación de los Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio que se han suscrito hasta el momento, así como los elementos que forman parte de cada uno de los casos y que requieren del análisis del Tribunal Arbitral nombrado para dicha situación. Siendo desde las consideraciones que se originan a partir de los cargos y descargos que se va formando una posición con “sentido” que dependiendo de la línea del resultado esta puede coadyuvar al desarrollo de nuevas tendencias. Eso es lo que ha sucedido con la expropiación indirecta y que se tratara más adelante con mayor amplitud.

Por otra parte, cuando las disposiciones contenidas en instrumentos jurídicos de carácter internacional como los TLC en este caso y la afectación de los intereses privados que pudieran producirse en el contexto de una IED genera una suerte de sensación de “predecibilidad” en virtud de la “protección” jurídica que se otorga a determinado rubro. En este sentido Aarnio afirmaba que “si el sistema jurídico fracasa al implementarla [*la predictibilidad como aspecto formal de la protección jurídica*], entonces la base de la estabilidad social se vera sacudida.”²⁷⁵ Pero en este caso específicamente –expropiación indirecta- se puede comprobar que no ha fracasado, pero que sin embargo ha logrado establecer una marcada inestabilidad social. así que lo queda es que la predictibilidad de las decisiones de tribunales arbitrales que procesen sobre la expropiación indirecta se encuentren vinculadas hacia el bien general antes que el particular, o dicho de otra forma en palabras de Aarnio que “aunque una decisión siga el texto de la ley no esta autorizada a destruir aquellos valores que respetamos en mayor grado. El derecho tiene que ser tanto predecible como aceptable”²⁷⁶ mucho mas si se trata de la salud, el medio ambiente, la cultura o la identidad, la sobrevivencia del sistema democrático a través de la seguridad del Estado y la construcción social de procesos de integración regionales y subregionales.

²⁷⁴ Cfr. AARNIO Aulis, Derecho y Lenguaje, ob. cit.p. 15

²⁷⁵ Cfr. AARNIO Aulis, Ob. cit. p. 17

²⁷⁶ Ibid. p. 17

B. De la aplicación

La aplicación que se le ha dado a la figura jurídica de la expropiación indirecta ha contaminado de desconfianza la relación interestatal y ha generado una serie de estrategias destinadas a obligar a actuar de formas distintas a los que se resisten desde condicionamientos económicos hasta políticos.

Razones estas, que ponen de manifiesto la necesidad de plantear un nuevo alcance a la aplicación de la expropiación indirecta ya que hasta ahora dicha figura ha estado vinculada a una noción que sobre pasa el derecho propietario físico para involucrarse con el derecho propietario futuro en virtud de las “ganancias futuras”, lo cual hace peligrar cualquier diseño económico futuro, pues la agenda de la nueva estructura debiera considerar fundamentalmente la situación de las empresas, pero si se toma en cuenta que no hay paso económico sin normativa jurídica entonces si se frente a un caso de “expropiación indirecta” a cabalidad.

Este hecho supone la necesidad de establecer nuevos lineamientos en cuanto a la aplicación y al alcance de esta respecto de las economías y los ordenes jurídicos de los Estados, ya que implica per se una serie de impactos no siempre positivos en los ámbitos ya mencionados.

El alcance de la aplicación de la expropiación indirecta debe estar dirigida fundamentalmente a la aceptabilidad moral y la aceptabilidad jurídica. En cuanto al primer punto debe darse en los parámetros de la interpretación realizada de una norma que vaya luego a ser aplicada que no afecte los derechos fundamentales de la persona, y de la sociedad en su conjunto. (salud, conservación de recursos naturales, y otros.) Mientras que la aceptabilidad jurídica se refiere en este caso a que esta actividad desplegada por los Tribunales arbitrales a través de su decisión y a partir de ello de la ejecución del laudo por los Estados debe pretender ante todo el ejercicio de un derecho responsable social, moral dado el impacto que genera el ejercicio de la ley.

El respeto a las leyes es primordial en un Estado de Derecho, pero también lo es el respeto de las normas que protegen a la persona en todos los ámbitos de la vida

social; esta afirmación que parece contradictoria a la esencia del presente planteamiento demuestra ante todo la doble arista que implica la resolución de un caso de expropiación indirecta en el seno de una relación Estado-Inversor –donde ambos son considerados sujetos de sus distintos ordenes-, porque si la interpretación puede considerarse como un fenómeno social debido a los elementos que intervienen en ella, la aplicación debe entenderse como un fenómeno económico-jurídico en lo que toca a esta figura jurídica, por los efectos que produce a partir de ese hecho en ambos espectros de la vida social de un Estado.

Por otra parte, se debe considerar que la aplicación de la expropiación indirecta como medida protectora de la IED contenida en instrumentos jurídicos internacionales como el TLC y otros, debe evitar la arbitrariedad deviniente del conflicto de intereses (privados-inversionista vs. públicos-Estado) lo cual según Aarnio implica un grado de “aceptabilidad substancial” que involucra que “a) la solución tienen que ser *acorde con las leyes* (presunción de legalidad) y, b) la solución no puede ir en contra de la *moralidad* valida ampliamente aceptada en la sociedad (presunción de razonabilidad)”²⁷⁷. entendiéndose a partir de esta afirmación que de no procederse bajo estos parámetros se estaría frente a una decisión sesgada por la ilegitimidad, que en las aplicación de normas internacionales es fundamental no solo para la consolidación de las relaciones interestatales, sino también en la generación de una jurisprudencia que desde ese momento va construyendo los nuevos mandatos del razonamiento jurídico internacional.

Es por estos motivos que la aplicación de esta figura jurídica debe enmarcarse en estas bases, pues de lo contrario se corre el riesgo de que los Tratados que contengan medidas de protección a la inversión extranjera directa sean considerados inaceptables social, moral y jurídicamente (por el derecho interno), admitiendo únicamente en virtud de ello una confrontación que ya se esta haciendo regla y no excepción en los últimos años.

²⁷⁷ Cfr. AARNIO Aulis, Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar, ob. cit. Pag 36-37

C. Del mandato internacional (jurisprudencia)

El procedimiento jurídico internacional ha sido organizado de forma tal que el sistema jurídico, que actualmente sigue la lógica del *vox mercati, vox Dei* ha diseñado medidas de protección jurídica en favor de la IED, como la expropiación indirecta que hasta ahora ha sido aplicada a un sin número de casos con distintos resultados, ya que algunas veces han favorecido al Estado y en otras a los Inversionistas.

Por otra parte, el nuevo des-orden mundial ha planteado la necesidad de aplicar esta medida como parte de una política que pretende consolidar un determinado grado de “certeza jurídica” en el escenario internacional a título de garantizar una mejor calidad de vida. Sin embargo con ello lo único que se ha logrado ha sido la creación de un nuevo mandato jurídico emergente de los laudos arbitrales que reflejan la decisión de los tribunales implicados en dichos casos.

Pero, lo cierto es que la repercusión mas importante que han generado es la ampliación del concepto de expropiación que involucraba en la primera parte –antes del primer diseño normativo de los TLC- al *derecho propietario físico*, para luego admitir desde la configuración jurídica del TLCAN la figura de un *derecho propietario futuro*, adquiriendo dimensiones preocupantes en el ultimo de estos diseños (CAFTA RD) ya que se puede advertir que existe una nueva noción de *propiedad futura en riesgo*, esta evolución implica per se que la naturaleza de la expropiación indirecta se consolida y que sus alcances se amplían a través de la jurisprudencia que es resultado de los aportes que devienen de las decisiones de tribunales internacionales.

Sin embargo, lo mas importante de este nuevo mandato probablemente es la búsqueda de una respuesta en medio de una confrontación evidente de la ¿justicia o de la seguridad jurídica? Y ante esta disquisición ¿Cual debe ser la posición prioritaria (la justicia o la seguridad jurídica) en la generación de los mandatos internacionales?, porque finalmente ¿Es la Afectación de los Intereses “futuros” (aun no existentes) la razón “sustancial” aceptable para limitar la finalidad autorreguladora de los Estados?, estas interrogantes la necesidad de una reflexión sobre los matices

que va admitiendo el conflicto de los fines del derecho en lugar de referir una convergencia. El error de la comprensión en esta dimensión deviene de la certeza de una realidad económica implacable, y de la necesidad de dominio de las empresas transnacionales a las que les interesa más que nunca el achicamiento del Estado -que se iniciara con medidas privatizadoras hace más de una década- se consolide y profundice a niveles mucho más contundentes al extremo de promover incluso la privatización de los servicios básicos, hasta ahora gratuitos en gran parte de los países del Continente Americano.

La jurisprudencia internacional debe tomar conciencia que no solo genera nuevos mandatos, sino también nuevas actitudes regulatorias, y acciones empresariales que se desprenden de las anteriores en un proceso de construcción constante de una teoría jurídica, impactando en el desarrollo social, económico y político de los pueblos. Es por eso, que la expropiación indirecta debe guardar concordancia con el equilibrio entre los intereses generales y particulares que sí es posible, si se reconocen los verdaderos límites de cada uno sin que medie la necesidad excesiva de lucro respecto de ganancias aun inexistentes.

El mandato internacional emergente de estas nuevas circunstancias no puede seguir amparando evoluciones/mutaciones en el ámbito jurídico de esta naturaleza (expropiación indirecta), ya que si se considera que el derecho es una categoría de mediación social, es esa la función que debe cumplir, pues los argumentos que se han esgrimido hasta ahora en los casos tratados en los tribunales internacionales evidencian que no es así.

Es posible que ante esta afirmación haya tratadistas que indiquen que la “La ley se debe cumplir” es cierto, pero también es necesario que estas sean interpretadas desde el espíritu que las guía y no desde los intereses que las construyen sobre todo en el caso de los TLC, ya que lo único que se lograra de actuar contrariamente a esta premisa será consolidar un sistema económico impune ante los atentados contra los recursos naturales, los derechos de la persona a la salud (a una vida con calidad), al fin autorregulador del Estado, y a la confianza en la construcción de un consenso comunitario nacido de la similitud o de la interdependencia, lo cual no parece tener relevancia a la hora de establecer una jurisprudencia internacional que

ratifique una línea de protección y garantía para la IED en los países en vías de desarrollo.

En un mundo donde las características, económicas y políticas refieren claramente el fin del Estado-Nación y apuntan a la consolidación de un Estado-Continente es paradigmática la gran contradicción que se va dando a partir de la implantación de esta figura (expropiación indirecta) en los instrumentos jurídicos internacionales de “nueva generación” (TLC), fomentando ante todo la fragmentación y en algunos casos el debilitamiento de las líneas de mercado aperturadas en razón de las Decisiones comunitarias, así como de una serie de Acuerdos de Complementación económica (ACE's) nacidos de las relaciones interestatales bajo los sesgos integradores, esto sin duda plantea una de las preocupaciones mas grandes, pues América no se puede dar el lujo de retroceder en la tarea de fortalecer los elementos centrales para su desarrollo: la Democracia y la Integración.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AARNIO Aulis, Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ed. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política 40. México. 2001

ALONSO. J.A. Diez Lecciones sobre la Economía Mundial. México. 2000.

ARIAS Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.1998.

BASAVE Agustín, Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. México. 2001.

BAYA Maria de la Cruz, Derecho y Procesos de Integración. Editorial OMEBA. Cochabamba. 2004.

BOBBIO Norberto, Liberalismo y Democracia. F.C.E . Lima. 1991.

BOBBIO Norberto, El Futuro de la Democracia. Fondo de Cultura Económica. México.1997

BORDA Guillermo, Manual de Derecho Reales. Editorial Grijley. Lima. 2001

CABANELLAS Guillermo, Diccionario de Derecho Usual. Edición Editorial Santillana. Madrid. 2000

DAES Erica-Irene, et. al Derecho de los Pueblo Indígenas. Vitoria Gasteiz.1998.

DELOS J.T. et.al, Los Fines del Derecho. Editorial Facultad de Derecho. UNAM. México 1997.

DE LAS HERAS, Razones del Gobierno de Buenos Aires para no concurrir al Congreso de Panamá. Opúsculo. Buenos Aires. 1930

DE LUCAS Javier, El concepto de Solidaridad. Distribuciones Fontamara S.A. México 1998.

EL SALVADOR, Objetivos Nacionales, El poder Nacional y la Democracia. Colegio de Altos Estudios Estratégicos. San Salvador. 1995.

FERRAJOLI Luigi, et.al, Soberanía un principio que se derrumba aspectos metodológicos y jurídico-políticos. Edit. Paidós. Buenos Aires 1996.

FUNDACION POLAR, Historia de Venezuela. Ed. Fundacion Polar. Caracas 2003.
GOMEZ José Maria y otros, America Latina y el (DES) Orden Global Neoliberal. Hegemonía, Contrahegemonía, Perspectivas. Editorial CLACSO. Buenos Aires. 2004

GUTIERREZ Cesáreo En: Derecho Internacional Público. Editorial Trotta. Barcelona. 2001

HOBBS Thomas, Leviatán. Fondo de Cultura Económica. México. 1980

HOPENHAYN Benjamín Y VATOLI. La globalización financiera: génesis, auge, crisis y reforma. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2002

III, Avances y Desafíos en la Integración de América. Editado por el Instituto Internacional de Integración. La Paz. 2003

IIDS y World Wildlife Foundation, Derechos Privados, Problemas Públicos. Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS) y World Wildlife Foundation. Canadá. 2001

JAGUARIBE Helio, Novo Çenario internacional. Conjunto de Estudos. Editorial Guanabara. Rio de Janeiro. 1986.

KATZAROV Konstantin, Teoría de la Nacionalización el Estado y la Propiedad. Traductor Héctor Cuadra. UNAM. México. 2005

KRASNER, S.: Soberanía, Hipocresía Organizada. Paidós. Buenos Aires. 2001

LEON DE LA BARCA Alba, Introducción al Estudio de la Integración económica y al Acuerdo Subregional Andino IFD, FCJP, LUZ. Maracaibo 1984.

LITTUMA A. Alfonso, Doctrina de Seguridad Nacional. Caracas. 1967.

LOPEZ Ayllón Sergio. El futuro del libre comercio en el Continente Americano análisis y perspectivas. UNM. México. 1997

MARTINEZ Alejandro, ¿Qué es la Seguridad Nacional? México. 2001.

MARZORATI Osvaldo, Derecho de los negocios internacionales, Astrea. Buenos Aires, 1997

MORALES GODOL, Juan: "El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información". Editorial Grijley. Lima. 1995.

PERUGINI Alicia, Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993

PINILLOS Maria de las Nieves. Los Proyectos de Integración Iberoamericana (Siglo XIX). 1996.

PUERTA Hilda, y RODRIGUEZ Sarah, Una propuesta para el debate acerca de la Integración Latinoamericana. Concurso Internacional Anual Dr. Guillermo Torriello "América y el Mundo de Hoy". Centro de Investigaciones de economía Internacional. Universidad de la Habana. . La Habana 2004.

RAMIREZ Eugenio. Tratado de Derechos Reales. Editorial San Marcos Lima.1999

ROUSSEAU Charles. En Derecho Internacional Público. Ed. Ariel, Barcelona

ROSE Arnold, La Estructura del Poder. Ed. Paidós. Buenos Aires 1968.

SANGINES Mario, Siempre. Edit. Fiat Graph. La Paz. 2002

SAUCEDO José Isidro, La integración de América Latina y el Caribe. UNAM. México.1997

SAXE – Fernández John, Globalización: Crítica a un Paradigma. UNAM. México.2001

TAWIL Guido. Los Tratados de promoción y protección Reciproca de inversión y el arbitraje internacional. Editorial La Ley. Buenos Aires .2000

UMSS. Introducción a la Ciencia Política. Texto Oficial. Carrera de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón. Cochabamba. 2002.

WIENER Raúl, TLC: Declaración Universal de los Derechos del Inversionista (extranjero). Conferencia presentada en el Foro TLC Perú-EEUU. Coordinadora "Otro Mundo es Posible". 1º octubre de 2004. Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM. Lima. 2004

YOUNG Juan et al, Por la Unión Latinoamericana. Editorial Fondo Latinoamericano de Cultura Popular. Caracas 1987

INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNOS

Constituciones

ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires. 22 de agosto de 1994.

BOLIVIA, Constitución Política del Estado. La Paz. 2004

BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil. Com reformas até 2001. Brasilia. 2001

COLOMBIA, Constitución Política de Colombia. 1991. con Reformas Actualizadas hasta el 2001. Bogota

CHILE, Constitución Política de la Republica de Chile. Con reforma 2000. Santiago de Chile. 2000.

ECUADOR, Constitución Política del Ecuador. Río Bamba, 5 de junio de 1998.

EL SALVADOR, Constitución Política de la Republica de El Salvador. Actualizada hasta la reforma introducida por el D.L. N° 56 del 6 de julio de 2000. Decreto N° 38. San Salvador

HONDURAS, Constitución Política de Honduras. Tegucigalpa 1994

Leyes

ARGENTINA, Ley 24.124/92.

ARGENTINA Ley 24.342/94

BOLIVIA, Ley de Capitalización. Ley 1544 de 21 de marzo de 1994. La Paz.

BOLIVIA, Decreto Ley 3464 de 2 de agosto de 1953. La Paz.

CHILE Ley 15020. Santiago de Chile

CHILE ley de Reforma Agraria N° 16640310. Santiago de Chile

CHILE, Ley 16640310 de 1967. Santiago de Chile.

MEXICO, Ley de Expropiación de 25 de noviembre de 1936 con reformas de 4 de diciembre de 1997. México D.F. 1997.

MEXICO, Decreto Expropiatorio de 18 de marzo de 1938. México DF

MEXICO, Ley de Inversiones Extranjeras. Diario Oficial de la Federación. 27 de Diciembre de 1993. México DF.

MEXICO, Decreto 127 del Congreso del Estado el 15 de diciembre de 1994, Gaceta oficial de Guerrero. 3 de enero de 1995.

NICARAGUA, Decreto 782, Ley de Reforma Agraria, 19 de julio de 1981. Managua

NICARAGUA Ley 344 de Inversiones Extranjeras. Managua

NICARAGUA, Decreto 74-2000 Reglamento de la Ley 344 de Inversiones Extranjeras de 27 de abril de 2000. Managua. Gaceta. Diario oficial. Año CIV N° 97 de 24 de mayo de 2000. Managua

PARAGUAY, Ley 117/91. Asunción

PERU, Ley 17716 de Reforma Agraria de 24 de junio de 1969. Lima. 1969

PERU, Ley 25697 de Expropiaciones con Fines de Reforma Agraria de 10 de abril de 1996. Lima 1996

URUGUAY, Ley de Inversiones. Ley 14179. Montevideo.

VENEZUELA, Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. 1999. Caracas.

VENEZUELA, Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social. Gaceta oficial N° 37.475.1° de julio de 2002. Caracas. Art.2

INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES

Tratados

ALADI. Tratado de Montevideo. 12 de agosto de 1980.

BOLIVIA-MEXICO, Tratado de Libre Comercio. 10 de septiembre de 1994

BOLIVIA – PERU, Ley Fundamental de la Confederación Perú- Boliviana. 1° de mayo de 1837

CAFTA-RD Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centro America, 5 de agosto de 2004.

CAN, Acuerdo de Cartagena. 26 de mayo de 1969

CANADA-COSTA RICA, Tratado de Libre Comercio, 23 de abril de 2001

CANADA-CHILE, Tratado de Libre Comercio, 5 de diciembre de 1996

CANADA-ESTADOS UNIDOS-MEXICO, TLCAN/NAFTA, Diciembre de 1992

CANADA-CHILE, Tratado de Libre Comercio, 5 de diciembre de 1996

CARICOM, Tratado de Chaguaramas. 4 de julio de 1973

CARICOM-REPUBLICA DOMINICANA, Tratado de Libre Comercio, 22 de mayo de 1998

CENTROAMERICA-CHILE, Tratado de Libre Comercio, 18 de diciembre de 1999.

CHILE-ESTADOS UNIDOS, Tratado de Libre Comercio, 6 de junio de 2003

CHILE-MEXICO, Tratado de Libre Comercio, 1º de octubre de 1998

GRUPO DE LOS TRES, (México, Colombia y Venezuela) Tratado de Libre Comercio, 13 de junio de 1994.

MERCOSUR, Tratado de Asuncion. 1991

MCCA, Tratado de Tegucigalpa.1959

MEXICO-COSTA RICA, Tratado de Libre Comercio, 5 de abril de 1994

MEXICO-TRIANGULO DEL NORTE, Tratado de Libre Comercio, 29 de junio de 2000.

Convenios

OIT Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes 169 OIT. 27 de junio de 1989

Declaraciones

COMUNIDAD SUDAMERICANA DE NACIONES, Declaración del Cuzco, 9 de diciembre de 2004

Documentos

BOLIVAR Simón, Carta de Jamaica. 1815

BANCO MUNDIAL, Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversión. Washington. 1965

BANCO MUNDIAL, Reglamento del Mecanismo Complementario. Anexo C Reglamento sobre Arbitraje. 2. Washington. 2003

CANADA, Reunión de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Salud. Winnipeg 13 al 18 de abril de 1993.

CNUDMI, Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional Aprobada por Documento Naciones Unidas A/40/17 Anexo I en 21 de junio de 1985.

GRAHAM James, La Desnacionalización del Derecho Internacional. Dossier preparado para el Programa Internacional de Doctorado. UANL. Monterrey. 2004

NUEVA GRANADA, Congreso Anfictiónico de Panamá. Tratado de unión Liga Confederación Hispanoamericana. 1826. Congreso de Venezuela. Documentos. Caracas

Fallos y/o Laudos

CIADI, Laudo Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB(AF)/97/1. 30 de agosto de 2000. Washington

CIADI, Laudo Arbitral. Caso N° ARB/(AF)/00/3. Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos. CANADA Daily. Estados Unidos presenta respuesta con respecto a la petición de Methanex/Neste. Artículo de Prensa. 21 de junio de 2000. Montreal

CIADI, Laudo Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB(AF)/97/1. 30 de agosto de 2000. Washington

CIADI, Laudo Arbitral Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB/(AF)/00/3 30 de abril de 2004. Washington D.C .

CIADI Marvin Feldman contra Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB (AF)/99/1. Laudo del 16 de diciembre de 2002 30 de abril de 2004. Washington D.C .

CIADI Marvin Feldman contra Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB (AF)/99/1. Laudo del 16 de diciembre de 2002

CIADI, Técnicas Medio ambientales. TECMED

CNUDMI, Laudo Provisorio. Caso Pope & Talbot. Vs. Canadá. 26 de junio de 2000. Washington.

CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción 24 de junio de 1998 caso Ethyl Corporation vs. Canadá.

ARTICULOS Y REVISTAS

ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL, Sepamos a que ellos llaman “libre comercio” para poder luchar mejor contra el ALCA. En Cuadernos Practicas “ejemplares” del Libre Comercio. Octubre. 2003. Artículo. México. 2003

ALMAZAN, “No es obligatoria Acaverde: ROA”. Matutino El Sol de Acapulco. 13 de octubre de 1995. Acapulco. 1995

BERNAL Federico, El petrolero Argentino. Notas sobre el General Enrique Moscón, YPF y la Integración Petrolera Latinoamericana. IDICSO. Agosto de 2005. Buenos Aires. Artículo. 2005

CANADA Daily. Estados Unidos presenta respuesta con respecto a la petición de Methanex/Neste. Artículo de Prensa. 21 de junio de 2000. Montreal. 2000

CARIAGA Juan. Hablando en Parábolas. Economía y Finanzas. Matutino La razón. Artículo. Domingo 19 de marzo de 2006. La Paz. 2006

CLEVELAND Herland, En: Nacimiento de un nuevo mundo, El país-Aguilar. Madrid 1994

ERALES Antonio. En La pequeña empresa exportadora. Panorama Editorial. México. 1995

GALFUNG Johan, Una Teoría Estructural de la Integración. En : Revista de la Integración N° 5 BID – INTAL. Artículo. Buenos Aires. 1986

GONZALEZ Felipe, Intervención Inaugural en la Reunión de la Unión Europea. 1998.

GONZALEZ Macchi Luís Ángel. Las Herramientas para enfrentar la globalización. Discurso Pronunciado. Reunión de Presidentes de MERCOSUR. Cumbre de Presidentes. Ex - Presidente de Paraguay. 2 de noviembre de 1999. Asunción 1999

MORENO Raúl, Análisis de la inconstitucionalidad del CAFTA. Caso El Salvador. Red. Santi Tichan. San Salvador. 2005

OIT, Equipo Multidisciplinario, El Proceso de Integración Centroamericano en Perspectiva. San José de Costa Rica. 2005

PEREZ J.A. El Tratado e Libre Comercio de Centro América y Estados Unidos: funcionalidad y límites de una estrategia transnacional. Centro de Investigaciones de la Economía Mundial. La Habana. 2005

SMITH Cintia, MORALES Lorena, Agenda de la Prensa Estadounidense a 10 años del TLCAN: Un estudio de Casos de México y Canadá. 2004

UBERTI Gabriela. Problema de la Supranacionalidad, su relación con el concepto de soberanía. Ponencia. Buenos Aires. 2002

INTERNET

ALADI. www.aladi.org. Catedra latinoamericana para la integración. 2005

ANDERSON Sarah En CAFTA Revela cambios en la política comercial norteamericana www.globovision.com/news.php?nid_17070/html. 2005

ARROYO Alberto. En: La inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio. WEB www.ricalca.or.co. Bogota. 2005

BANCO MUNDIAL, [Internet] www.ciat.org/agroempresas/comercio_justo/htm_15:20 2006

BELLO Walden citado por Roberto González y otros. En: ALCA subordina el desarrollo a ganancias de corporaciones, dice Walden Bello desde Miami. Noviembre 2003. www.jarnada.unam.mx

BOMFIN Evandro. En: TLC resulta una falsa promesa de empleos para los chilenos. www.adital.org . 2004. 29/09/04.

CABRERA Mauricio, TLC “vox mercati, vox Dei” En TLC_Opinion. Tratado de Libre Comercio Andino-EU.[Internet] www.portafolio.com 10/03/06. Bogota. 2006

ESPAÑA, Educa. En: [Internet] www.educa.aragob.es/iespgaza/htm 2006

ESTADOS UNIDOS-CANADA-MEXICO, Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) Texto contenido en la Web www.sice.org 2006

ESTADOS UNIDOS, Carta de ONG a Parlamentarios Andinos. 2004 Washington www.tlc/america.html. 2006

FERNANDEZ DE CASTRO “Soberanía y Derecho Internacional” www.soberania/derechointernacional/html. 2006

LEON Osvaldo, Movilización continental contra el ALCA. ALAI. 24 de enero de 2005. www.alainet.org/docs/1698.html. 2005

NADEL Alejandro, AGUAYO Francisco y CHAVEZ Marcos, EN: Siete Mitos sobre el TLCAN y Tres Lecciones para América Latina. Programa de Ciencia, Tecnología y Desarrollo. El Colegio de México. Noviembre 2003. www.colmex.mx/centro/cee/procientec 2005

OEA- GEORGTOWN UNIVERSITY, Base de Datos Políticos de las Americas. Derecho a la Propiedad Privada, expropiación y prohibición de las confiscaciones. En Análisis comparativo de constituciones de los regimenes presidenciales. 2005

OBSERVATORIO MUNDIAL DEL COMERCIO, Capitulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversionistas contra Estados. Lecciones para el tratado de Libre comercio de Centro América. Public Citizen. Octubre 2005. Washington [Internet] www.citizen.org/documents/chapter_11_spanish_final. 2005

OXFAM, Estudio de Caso de inversión en la destrucción. octubre de 2003 en su Web www.oxfamamerica.org/publications/art5574 2003

PENSAMIENTO CRÍTICO, Primero. En: Los 20 Puntos Básicos de la Reforma Agraria. Revista electrónica. [Internet] www.pensamientocritico.cl/html 2005

PEÑALOZA Humberto, En: Una Semblanza de Venezuela y su Petróleo [Internet] www.nacionalizacion/hidrocarburosenvenezuela/html 2005

RUIZ Hugo, Los tratados sobre promoción y protección de las inversiones y la Republica Bolivariana de Venezuela: los riesgos de hipotecar el desarrollo económico, la revolución bolivariana y la democracia participativa. 23 de mayo de 2005 Web del Comité por la Anulación de la deuda externa del tercer mundo (CADTM). www.cadtm.org 2005

RUIZ Hugo, En: TPPI: Pistas de reflexión sobre alternativas en vistas a las necesidades del desarrollo económico social de los pueblos. 17 de agosto de 2005 CADTM www.cadtm.org 2005

UMAÑA German, Lo que se encuentra en riesgo: La CAN, Portafolio. [Internet] www.portafolio.com.co/proy_porta_online/tlc/opi_tlc/Articulo_Bogota 10 de marzo de 2006. 15:29 p.m. 12 de marzo de 2006.

ABREVIATURAS

AEC	Arancel Externo Común
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
AMI	Acuerdos Multilaterales de Inversión
APPRI	Acuerdo de Promoción y Protección Reciproca para la Inversión
BM	Banco Mundial
CA	Comunidad Andina
CAFTA-RD	Tratado de Libre Comercio de Centro America y Estados Unidos
CARICOM	Comunidad del Caribe
CARIFTA	Caribbean Free Trade Association
CEPAL	Centro de Estudios para America Latina
CIADI	Centro Internacional de Arbitraje y Diferencias sobre inversión
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional
EI	Expropiación Indirecta
ET	Empresas Transnacionales
FMI	Fondo Monetario Internacional
IED	Inversión Extranjera Directa
III	Instituto Internacional de Integración
MCCA	Mercado Común Centro Americano
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
NAFTA/TLCAN	Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá-México
OEA	Organización de Estados Americanos
OII	Organismo Interestatal de Integración
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Observatorio Mundial del Comercio
ONU	Organización de Naciones Unidas

PAE	Programa de Ajuste Estructural
PIB	Producto Interno Bruto
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TCP	Tratado de Comercio de los Pueblos
TLC	Tratado de Libre Comercio
ZLC	Zona de Libre Comercio

INDICE DE TABLAS

CUADRO I.1 (Cáp. 1)

Tratados de Libre Comercio, 81

CUADRO II. 1 (Cáp.. 2)

Situación Legal de los Hidrocarburos en Bolivia, 126

CUADRO II. 2 (Cáp.. 2)

Reservas Hidrocarburíferas en Bolivia, Probadas y Probables a Precios Internacionales, 127

CUADRO II. 3 (Cáp.. 2)

Situación del Inversor y la Inversión en los TLC, 135

CUADRO II. 4 (Cáp.. 2)

Las condiciones de la Inversión y la Expropiación en los Tratados de Libre Comercio, 157

CUADRO III.1 (Cáp.. 3)

La situación de las Controversias por Expropiación Indirecta en los TLC, 167

CUADRO III.2 (Cáp.. 3)

Situación de la Resolución de Controversias entre Inversor-Estado en los TLC, 169

CUADRO III.3 (Cáp.. 3)

Casos emergente del Capitulo 11 del TLCAN/NAFTA, 171

CUADRO III.4 (Cáp.. 3)

Secuencia temporal de los casos presentados, 172

CUADRO III.5 (Cáp.. 3)

Art. 1110: Expropiación- Capitulo 11 del TLCAN/NAFTA, 175

CUADRO III.6 (Cáp.. 3)

“Expropiación Indirecta” contra Estados Unidos, 176

CUADRO III.7 (Cáp.. 3)

“Expropiación Indirecta” contra Canadá, 192

CUADRO III.8 (Cáp.. 3)

“Expropiación Indirecta” contra México, 208

CUADRO III.9 (Cáp.. 3)

Incidencia de los Elementos en las Reclamaciones Internacionales por Expropiación Indirecta, 223

CUADRO III.10 (Cáp.. 3)

Estudio Comparativo de los Elementos en los casos de Expropiación Indirecta, 224

CUADRO III.11 (Cáp.. 3)

Situación de los casos de Expropiación Indirecta presentados ante el CIADI, 234

CUADRO III.12 (Cáp.. 3)

Situación de la Expropiación Indirecta bajo la norma de la Ley Modelo sobre Arbitraje de la CNUDMI, 235

CUADRO III.13 (Cáp.. 3)

Aspectos centrales de la Argumentación Institucional, 236

CUADRO III.14 (Cáp.. 3)

Resultado de los laudos en el TLCAN/NAFTA, 245

INDICE

INTRODUCCION, 3

CAPITULO I

LA INTEGRACION Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

INTRODUCCION, 10

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INTEGRACION LATINOAMERICANA, 11

- I. **FORMACION DE NUEVOS ESTADOS- LA INTEGRACION: El Poder político (siglo XIX), 12**
 - A. BOLIVAR Y LA INTEGRACION,12
 - A.1 La Gran Colombia. 13
 - A.2 La Confederación Hispanoamericana, 14
 - A.3 La Confederación de los Andes, 17
 - B. OTROS PROCESOS DE INTEGRACIONISTAS, 18
 - B.1 Confederación Perú-Boliviana,18
 - C.LOS CONFLICTOS BELICOS: Un camino a la Desintegración, 19
- II. **EMERGENCIA DE BLOQUES REGIONALES: El Poder económico (siglo XX), 21**
 - A LOS ACUERDOS REGIONALES DE INTEGRACION,23
 - B LOS ACUERDOS SUBREGIONALES, 27
 - B.1. De la Transferencia de Recursos a la Democracia (1960- 1980), 27
 - B.2. La Reestructuración de la Agenda Integracionista (1980- 1990), 30
 - B..3 La Alianzas estratégicas (1990-2000), 31
- III. **EL NUEVO ENFOQUE DE LA INTEGRACION: El Poder Transnacional (siglo XXI),34**
 - A. LA COMUNIAD SUDAMERICANA DE NACIONES, 36
 - A.1 De las Ventajas y Desventajas, 40
 - A.1 De las Ventajas, 41
 - A.2 De las Desventajas, 42

SEGUNDA PARTE
EL SISTEMA JURIDICO DE LA INTEGRACION, 43

- I. DEFINIENDO LA INTEGRACION, 44**
- II. ¿PORQUE INTEGRARSE?, 45**
- III. LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS, 47**
 - A. PRINCIPIOS COMUNITARIOS, 48**
 - A.1. Subsidiaridad, 48
 - A.2. Proporcionalidad, 49
 - A.3. Atribución, 50
 - A.4. Cooperación, 50
 - B. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE INTEGRACION, 51**
 - B.1. Aplicación Directa, 51
 - B.2. Preeminencia, 52
- IV. LOS PROBLEMAS DE LA INTEGRACION, 54**
 - A. NATURALEZA, 55
 - B. ESTRUCTURA, 61
 - C FINALIDAD O FUNCION, 63
 - D FLUJO, 64
- V. LAS FORMAS DE INTEGRACION, 66**
 - A UNION ECONOMICA, 66
 - B MERCADO COMUN, 67
 - C UNION ADUANERA, 68
 - D ZONA DE LIBRE COMERCIO, 68
- VI. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL SISTEMA DE INTEGRACION, 69**

TERCERA PARTE
LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO (TLC),70

- I. DEFINICION DE TRATADO, 72**
- II. LA JERARQUIA NORMATIVA DE LOS TRATADOS,74**
- III. EL FUNDAMENTO DEL TLC, 77**
- IV. LOS TLC MAS EMBLEMATICOS, 80**
 - A. NAFTA, 84
 - B. CAFTA –RD, 86
 - C. LOS TLC EN PROYECCION, 89
 - C.1 ALCA, 89

CAPITULO II
LA EXPROPIACION INDIRECTA

INTRODUCCION, 93

PRIMERA PARTE
LA EXPROPIACION

I. ANTECEDENTES DE LA EXPROPIACION, 94

- A. ACERCA DEL ORIGEN, 95
- B. DEFINICION DE EXPROPIACION, 97
- C. NATURALEZA Y SUJETOS, 100
 - C.1. Naturaleza de la expropiación, 101
 - C.2. De los Sujetos, 102
 - C.2.1. Sujeto Expropiante, 102
 - C.2.2. Sujeto Expropiado, 104
 - C.2.3. Sujeto Beneficiario, 104
- D. TEORIA SOBRE EXPROPIACION, 105
 - D.1. Teoría del Dominio Eminente, 106
 - D.2. Teoría de la Extensión del Dominio Publico, 107
 - D.3. Teoría de la Colisión entre el interés particular y el Publico, 108
 - D.4. Teoría de los Fines del Estado, 112
- E. BIENES Y PROCEDIMIENTOS DE LA EXPROPIACION, 113
 - E.1. De los Bienes Expropiables, 113
 - E.2. Del Procedimiento, 115

SEGUNDA PARTE

DE LA EXPROPIACION NACIONAL A LA EXPROPIACION INDIRECTA INTERNACIONAL

I. LA TRANSICION: DE LA EXPROPIACION NACIONAL A LA EXPROPIACION INDIRECTA INTERNACIONAL, 116

- A. ¿LA NACIONALIZACION UNA EXPROPIACION?, 117
 - A.1 Acerca de la Expropiación y la tenencia de la tierra, 117
 - A.2 Sobre la Nacionalización, 121
 - A.2.1 Caso hidrocarburos, 122
 - A.2.2 Caso minas, 127
- B. LA IMPORTANCIA DE LA INVERSION EXTRANJERA DIRECTA (IED), 130
 - B.1 Definiciones, 131
 - B.1.1 Inversión extranjera, 131
 - B.1.2 Inversor, 136
 - B.2 Contexto de la Inversión Extranjera, 138
 - B.3 La Inversión Extranjera Directa ¿"ideología" o "interés"?, 141

TERCERA PARTE

LA EXPROPIACION INDIRECTA

I. LA EXPROPIACION INDIRECTA, 143

- A. DEFINICION DE LA EXPROPIACION INDIRECTA, 144
- B.ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA EXPROPIACION INDIRECTA, 146
 - B.1 Fundamento Jurídico, 146
 - B.2 Fundamento Filosófico, 150
 - B.3 Fundamento Económico, 156
- C. LA EXPROPIACION INDIRECTA EN LOS TLC, 158
 - C.1 Condiciones de la Expropiación Indirecta, 161
 - C.2 Sobre el procedimiento, 162

CAPITULO III ESTUDIO DE CASO

INTRODUCCION, 166

PRIMERA PARTE

REFLEXION PRELIMINAR AL ESTUDIO DE CASO, 166

SEGUNDA PARTE

ESTUDIO DE CASO: TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE (TLCAN/NAFTA), 170

- I. EL NAFTA Y LA EXPROPIACION INDIRECTA, 171**
- II. ESTUDIO DE CASOS DE EXPROPIACION INDIRECTA, 176**

A. CASOS CONTRA ESTADOS UNIDOS, 176

A.1 LOEWEN GROUP, 177

A.1.1 Antecedentes de la Controversia, 177

A.1.2 Argumento Jurídico, 178

A.1.3 Resolución Final, 179

A.1.4 Alcance Jurídico del Caso, 180

A.2 METHANEX, 181

A.2.1 Antecedentes de la Controversia, 181

A.2.2 Argumento Jurídico, 182

A.2.3 Las Causas de la Controversia, 183

A.2.4 Resolución Final, 184

A.2.5 Alcance Jurídico del Caso, 185

A.3 GLAMIS GOLD, 186

A.3.1 Antecedentes de la Controversia, 186

A.3.2 Argumento Jurídico, 188

A.3.3 Las Causas de la Controversia, 188

A.3.4 Alcance Jurídico del Caso, 189

A.4 OTROS CASOS, 190

B. CASOS CONTRA CANADA, 193

B.1 ETHYL CORPORATION, 193

B.1.1 Antecedentes de la Controversia, 193

B.1.2 Argumento Jurídico, 195

B.1.3 Las Causas de la Controversia, 196

B.1.4 El Problema de la Jurisdicción, 198

B.1.5 Resolución Final, 199

B.1.6 Alcance Jurídico del Caso, 200

B.2 SD MYERS, 202

B.1.1 Antecedentes de la Controversia, 202

B.1.2 Argumento Jurídico, 203

B.1.3 Las Causas de la Controversia, 203

B.1.4 Resolución Final, 204

B.1.5 Alcance Jurídico del Caso, 205

B.3 OTROS CASOS, 206

C. CASOS CONTRA MEXICO, 208

C.1 METALCLAD, 209

C.1.1 Antecedentes de la Controversia, 209

C.1.2 Argumento Jurídico, 211

C.1.3 Las Causas de la Controversia, 212

C.1.4 Resolución Final, 212

C.1.5 Alcance Jurídico del Caso, 213

C.2 WASTE MANAGEMENT (ACAVERDE), 215

C.2.1 Antecedentes de la Controversia, 215

C.2.2 Argumento Jurídico, 218

C.2.3 Las Causas de la Controversia, 218

C.2.4 Resolución Final, 219

C.3 OTROS CASOS, 221

D. ELEMENTOS DE LA CONTROVERSIA, 223

D.1 Comercial, 225

D.2 Regulador, 226

D.3 Actividad Minera, 228

D.4 Recursos Naturales, 229

D.5 Actividad Ganadera, 230

D.6 Medio Ambiente, 230

D.7 Los Impuestos, 231

E. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN TLCAN, 231

E.1 Instancias participantes, 231

E.1.1 CIADI, 232

E.1.2 CNUDMI, 234

E.2 Elementos de consideración en las Controversias, 235

E.2.1 Argumentos de Aceptación, 236

E.2.1.1 Falta de un marco regulatorio, 237

E.2.1.2 Discriminación, 239

E.2.1.3 Acción Reguladora que admita indemnización, 240

E.2.1.4 Razones Técnicas, 240

E.2.2 Del Rechazo, 241

E.2.2.1 Cuestiones de Procedimiento, 241

E.2.2.2 Pérdida de Calidad de Inversionista
Extranjero, 242

E.2.2.3 Presentación de Información Fraudulenta, 242

E.2.2.4 Premisas no sustentables, 243

E.2.2.5 Regulaciones Revertidas, 243

E.2.2.6 Falta de elementos para Expropiación
Indirecta, 243

E.3 El Laudo, 244

CAPITULO IV

**EL IMPACTO DE LA EXPROPIACION INDIRECTA vs. LOS NUEVOS
LINEAMIENTOS EN LA RELACION ESTADO-INVERSOR**

INTRODUCCION, 247

PRIMERA PARTE

EL IMPACTO DE LA EXPROPIACION INDIRECTA, 248

- I. **LA SEGURIDAD DE LOS ESTADOS, 248**
 - A. INTRODUCCION SOBRE EL CONCEPTO DE SEGURIDAD NACIONAL, 248
 - B. LAS CONSECUENCIAS DE LA EXPROPIACION INDIRECTA SOBRE LA SEGURIDAD DE LOS ESTADOS, 249
 - B.1 El Poder y el sistema democrático en América, 249
 - B.2 Los Efectos de la Expropiación Indirecta en la Democracia, 256
 - B.2.1 Pérdida de Potestad reguladora de los Estados, 258
 - B.2.2 La transformación de la noción de propiedad, 259
 - B.2.3 Creación de normativas de protección y garantía de la IED, 261
 - B.2.4 ¿Negociando la democracia?, 262
 - B.2.4.1 Acerca del origen de la norma: la legitimidad de la Creación vs. La legalidad de la aplicación, 263
 - B.2.4.2 El Procedimiento: ¿Privacidad vs. Publicidad?, 264
 - B.2.5 Debilitamiento de la legitimidad del Estado de Derecho, 265
- II. **LA CREDIBILIDAD DE LOS PROCESOS DE INTEGRACION, 267**
 - A. LOS ELEMENTOS DE UNA NUEVA INTEGRACION, 267
 - A.1 La supranacionalidad, 268
 - A.1.1 Armonización Normativa, 269
 - A.1.2 El conflicto de la policentricidad, 270
 - A.2 Democracia, 272
 - A.2.1 la Pertenencia, 273
 - A.3 Desarrollo, 274
 - B. LOS TLC EN LA AGENDA DE LA INTEGRACION, 277
 - B.1 ¿Son los TLC el nuevo modelo de integración?, 277
 - B.2 ¿Los TLC un riesgo para la “multilateralidad”?, 278
 - C. EL IMPACTO DE LA EXPROPIACION INDIRECTA EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION, 280
 - C.1 Las Consecuencias de la Expropiación Indirecta en el Desarrollo, 280
 - C.2 La situación de los inversionistas extranjeros post expropiación Indirecta, 281
 - D. LA CREDIBILIDAD DE LOS PROCESOS DE INTEGRACION, 282
 - D.1 Afectación de los Principios de Integración, 283
 - D.1.1 reciprocidad, 283
 - D.1.2 proporcionalidad, 284
 - D.1.3 igualdad, 285
 - D.1.4 fraternidad y cooperación, 287
 - D.2 “Debilitamiento” de la Relación Interestatal, 289

SEGUNDA PARTE
**NUEVOS LINEAMIENTOS PARA LA RELACION: ESTADO-
 INVERSOR, 290**

- I. **DE LOS PRINCIPIOS, 291**

- II. **DEL DISEÑO NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES: TLC, 295**
 - A. LOS TLC ¿UNA NUEVA FORMA DE VENCER LA “INCOMPETITIVIDAD” COMERCIAL Y PRODUCTIVA?, 298
 - B. UN NUEVO DISEÑO: entre la limitación y la ilimitación, 300
 - C. LOS PARAMETROS NORMATIVOS DEL NUEVO DISEÑO, 300
- III. **DEL ALCANCE NORMATIVO DE LA EXPROPIACION INDIRECTA, 302**
 - A. DE LA INTERPRETACION, 303
 - B. DE LA APLICACIÓN, 306
 - C. DEL MANDATO INTERNACIONAL (jurisprudencia), 308

BIBLIOGRAFIA, 311
ABREVIATURAS, 319
INDICE DE TABLAS, 323
INDICE GENERAL, 325

