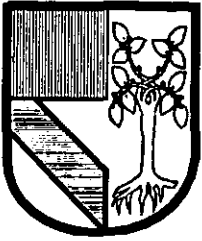


308909

18



**UNIVERSIDAD PAÑAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ANALISIS CRITICO DEL CAPITULO XI DEL  
TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE  
AMERICA DEL NORTE**

**TESIS**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A**

**J O S E   M A R T I N   D A V I L A**

**DIRECTOR: LIC. FRANCISCO JOSE CONTRERAS VACA**

**CIUDAD DE MEXICO**

**ABRIL DEL 2000**

277056



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**

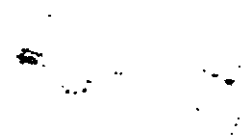


**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



A Dios  
A mis padres  
A Laura

A Mariana,  
por todo su apoyo y cariño.  
A mi abuelo y a mi tío Luis,  
por su vocación transmitida.  
A Luis Fernando y a Javier, por su amistad,  
y a Gloria.

## INDICE

CAPÍTULO	PÁGINA
I. Introducción y Propósito.....	5
II. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	8
A. El TLCAN y el GATT.....	8
B. Naturaleza del TLCAN.....	9
C. El TLCAN y el Derecho Mexicano.....	11
D. Las Garantías Individuales y los Tratados Internacionales.....	25
E. Igualdad en Cuanto al Trato.....	29
F. Estructura del TLCAN.....	31
G. Capítulo XI del TLCAN.....	33
III. Garantía de Igualdad.....	57
A. Las Garantías Individuales.....	57
B. Igualdad ante la Ley.....	63
C. Garantía Constitucional de Igualdad.....	67
IV. TLCAN vs. Ley de Expropiación - Trato Desigual.....	82
V. Igualdad y Amparo.....	90
Conclusión.....	99
Bibliografía.....	103

## I. INTRODUCCION Y PROPOSITO

México vive actualmente momentos de cambio y transición. Sus instituciones más veneradas están pasando por un proceso de revisión e incluso de cambio debido principalmente a la influencia de lo que comúnmente se llama globalización. Una parte importante y fácilmente apreciable de estos cambios se encuentra en el aumento en cantidad y trascendencia de los tratados internacionales de los que México es parte. Dentro de éstos, podemos reconocer al Tratado de Libre Comercio de América del Norte celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá como el más importante por su cobertura comercial, su amplia esfera de aplicación y por lo novedoso de muchas de las instituciones ahí contenidas.

Nuestro país ha cambiado, muchas veces a sufrido el cambio, de forma vertiginosa. Se han modificado radicalmente muchas instituciones y se han creado figuras jurídicas impensables hace 20 años. Se han llevado a cabo cambios estructurales al sistema jurídico mexicano e incluso a la manera en la que se imparte justicia. Estos cambios han surgido muchas veces de reclamos de la sociedad y otras han surgido como respuesta a exigencias de los mercados e inversionistas extranjeros y de organismos internacionales que condicionan su participación en México y el otorgamiento de inversión y préstamos a la existencia de un nivel jurídico mínimo de garantía.

Las autoridades sistemáticamente afectas de visión miope y mezquina, no han sabido o querido traducir las demandas sociales o las exigencias internacionales en reformas jurídicas sostenibles bajo el esquema de legalidad presentado por el sistema jurídico actual, afectando en primer término a nuestra Constitución. No obstante lo importante que resultaría analizar tanto aquellos cambios a nuestro sistema jurídico derivados de reclamos sociales y justas demandas populares como los generados por exigencias mercantiles, por la naturaleza misma de una tesis y la brevedad que exige la prudencia, pretender llevar un estudio de esa magnitud satisfactoriamente sería una tarea suicida.

A la luz de lo anterior, el presente trabajo se limitará al estudio y análisis de aquellas instituciones que han venido a cambiar nuestro sistema jurídico y que se derivan de exigencias

del mercado internacional y de los grandes poderes. En específico nos referiremos al TLCAN, como un motor de cambio en México y en concreto al Capítulo XI, denominado de Inversión, y su relación o confrontación con el sistema constitucional mexicano. Finalmente, confrontaremos el Capítulo XI con la garantía de igualdad.

Como todo trabajo de investigación y análisis, el presente estudio se basa y apoya en el trabajo sesudo y ejemplar de otros autores y juristas. La confrontación del TLCAN con la Constitución mexicana, y en particular la denuncia del Capítulo XI del TLCAN, como inconstitucional en una o varias de sus partes, no es planteada por primera vez en el presente trabajo. Ya antes se habían llevado a cabo proyectos de revisión de gran alcance que incluían dentro de sus postulados la posible afectación al régimen jurídico mexicano que presenta el Capítulo de Inversión del TLCAN. Sin embargo, estos trabajos tienen un carácter informativo o pedagógico y en la mayoría de los casos se han limitado a mencionar una inquietud o proponer una posibilidad. En otros casos, los menos, se han hecho trabajos de profundidad y rigor en los que se analizan varios aspectos del TLCAN y se les enfrenta a los rigores constitucionales. Sin embargo, en ninguno de estos trabajos se analiza específicamente la garantía de igualdad con sus múltiples matices ni se hace una revisión final de las posibles consecuencias de la conclusión lograda. Es decir, en aquellos trabajos se hace un estudio más bien exegético de la Constitución y se confronta con el multicitado capítulo, sin medir o notar las consecuencias lógicas a las que nos llevan esas conclusiones.

Entendiendo lo anterior, este trabajo reparará poco en la repetición o explicación de conceptos ya suficientemente tratados. Solamente repararemos en aquellos conceptos que consideramos no han sido tratados con la suficiente profundidad o entendidos desde una óptica apropiada dada la naturaleza y características de los temas planteados.

Con esta finalidad, el presente trabajo se dividirá en tres partes en la que la primera tratará el concepto de tratado internacional, posteriormente se hará un resumen explicativo del TLCAN, haciendo un análisis más detallado del Capítulo de Inversión y en específico sus secciones A y B, incluyendo las reservas a este capítulo presentadas por México. La segunda parte se refiere a la garantía de igualdad, en particular a la posible desigualdad que puede darse en la aplicación

del TLCAN o de su Capítulo XI. En última instancia nos referiremos al régimen de protección constitucional vigente y lo confrontaremos con las exigencias de justicia que nos presenta el TLCAN. Las conclusiones a este trabajo, tendrán el carácter de apéndice, ya que dentro de cada sección se esbozarán conclusiones preliminares que se completarán con la visión final y de conjunto.

Los cambios ocurridos en el escenario internacional en el transcurso de los últimos años, junto con el proceso de reforma económica que ha venido experimentando México adoptando una serie de medidas de importancia fundamental en materia económica, alejándose del proteccionismo y afiliándose en forma significativa al liberalismo económico, constituyen el marco general en el que cabe inscribir la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte celebrado por México, Canadá y los Estados Unidos de América.<sup>1</sup> Este tratado es sin duda el tratado más importante en materia de comercio en la historia de los tres Estados, e incluso mundial, por regular las relaciones del mercado más grande del mundo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En adelante acuerdo trilateral del libre comercio, Tratado del Libre Comercio de América del Norte o TLCAN. En inglés se le conoce por las siglas NAFTA (*North America Free Trade Agreement*).

<sup>2</sup> Vázquez Pando, Fernando A. y Ortiz Ahlf, Loreta. Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Colección de Ensayos Jurídicos. 1ª ed., México D.F., Themis. 1994, pág. V.



## II. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

El TLCAN en este caso es la culminación de una estrategia de financiamiento del crecimiento económico mediante la inyección de capitales y tecnologías extranjeros, haciendo difícil dar marcha atrás a la liberación de la economía.<sup>3</sup> Asegurando de igual forma el acceso a los inversionistas mexicanos en los mercados de Estados Unidos de América y Canadá como a inversionistas de estos países en los mercados de México, con reglas similares que les brinden adecuada seguridad y protección.

Para el objeto de este trabajo, haremos solamente una breve referencia a los tratados internacionales, en específico abordaremos los temas principales del TLCAN y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante "GATT"), la naturaleza del TLCAN y su posición en el derecho positivo mexicano, trataremos de forma más profunda el Capítulo XI y finalmente haremos una referencia específica a los incisos A y B de este capítulo.

### A. EL TLCAN Y EL GATT

Conforme al propio texto del GATT dos principios básicos del mismo son la no-discriminación en materia de comercio<sup>4</sup> y el uso del arancel aduanero como único medio de protección de las industrias nacionales. El primero de los cuales está sujeto a dos excepciones expresamente previstas: la constitución de uniones aduaneras y zonas de libre comercio<sup>5</sup> y la aplicación de la llamada "Cláusula de Habilitación"<sup>6</sup> según la Parte IV del GATT.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Bercaw, Christopher C. "El TLC ¿Un Tratado de Libre Inversión?", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 18, Año 18, 1994. pg. 375.

<sup>4</sup> Dicho principio se encuentra incorporado a través de la cláusula de la Nación más Favorecida (Art. I).

<sup>5</sup> GATT, Art. XXIV.

<sup>6</sup> Se entiende por "Cláusula de Habilitación" al otorgamiento de un tratamiento diferencial a los países en vías de desarrollo, estableciendo que las partes contratantes podrán conceder un trato diferencial y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras Partes Contratantes.

<sup>7</sup> Vázquez Pando y Ortiz Ahlf, op. cit., pág. 2

Este artículo XXIV del GATT permite excepcionarse de su régimen general a aquellos países que establecen uniones aduaneras y zonas de libre comercio pudiendo otorgarse concesiones ventajosas sin hacerlas extensivas a terceros Estados miembros del GATT.<sup>8</sup>

Tanto la unión aduanera como la zona de libre comercio constituyen diferentes etapas dentro del proceso de integración económica.<sup>9</sup> En el primer caso, los Estados cuentan con un arancel unificado frente al exterior; en el segundo, cada Estado miembro mantiene una política comercial y un arancel propio, individuales, frente al exterior. En cualquiera de los dos casos, es requisito que tanto los aranceles como las obligaciones que afectan al comercio de los Estados miembros del grupo con los Estados ajenos a él, no sean más restrictivos que los aplicables antes de la creación del grupo.<sup>10</sup>

De modo que la interpretación y aplicación del TLCAN, al estar dentro del marco general del GATT, debe ajustarse en general a lo establecido por este último instrumento.

## B. NATURALEZA DE TLCAN

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, y dado que se trata de un acuerdo entre Estados regido por el Derecho Internacional Público y en específico por la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, no hay duda de que el TLCAN es un tratado internacional.<sup>11</sup> Por tanto, su interpretación y aplicación se rigen por las disposiciones de derecho internacional aplicables a los tratados internacionales. Igualmente, toda violación al TLCAN se rige por las normas de derecho internacional público aplicables a las violaciones a cualquier tratado internacional de naturaleza análoga<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Loretta Ortiz Ahlf. *Derecho Internacional Público*, 2.<sup>a</sup> ed., México D.F., Harla, 1993 pág. 306.

<sup>9</sup> La doctrina define a la integración económica como el proceso socioeconómico que destruye barreras económicas y sociales dentro de los participantes en las actividades económicas. Ortiz op. cit., pág. 307.

<sup>10</sup> Vázquez Pando y Ortiz Ahlf, op. cit., pág. 3.

<sup>11</sup> V. art. 2, inciso 1, subinciso a) de la *Convención sobre el Derecho de los Tratados*, firmada en Viena (publicada en el DOF del 14 de febrero de 1975). A pesar de que los EE.UU.A. no son parte, en este aspecto la convención es meramente codificadora, por lo que el contenido de la disposición es aplicable a los tres Estados partes en el TLCAN (v. art. 4 de la misma convención).

La Constitución federal mexicana no contiene una definición o descripción de lo que se entiende por tratado internacional, aunque sí precisa terminología sinónima en diversos artículos.<sup>13</sup> Sin embargo, la *Ley sobre Celebración de Tratados*, los define como el “convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación se requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante la cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.”<sup>14</sup> De esta forma, el término tratado internacional abarca cualquier instrumento internacional que sea celebrado por el Presidente de la República con la previa aprobación del Senado e incluye además los acuerdos interinstitucionales constituyendo una posible violación a los artículos 76, fracción I, 89 fracción X y 133 constitucionales.<sup>15</sup>

Dentro de la definición arriba señalada se destaca que el tratado está regido por el derecho internacional público, sin embargo, esta declaración no tiene el alcance que debe tener, ya que la misma ley siguiendo el texto del artículo 133 de la Constitución, dispone que el contenido del tratado no debe contradecir a la misma. De modo que el tratado está normado, al menos limitativamente, por la propia Constitución.<sup>16</sup>

Desde el punto de vista del derecho interno mexicano y de acuerdo con las disposiciones constitucionales relevantes (artículos 76, fracción I, 89 fracción X y 133), la *Ley sobre Celebración de los Tratados* y a las disposiciones de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, de la cual México es parte, no hay duda de que el TLCAN, al ser celebrado por el Presidente, aprobado por el Senado y debidamente publicado en el Diario Oficial de la Federación, es un tratado internacional, e, *ipso facto*, en *ley suprema* de la Unión.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Vázquez Pando y Ortiz Ahlf, op. cit., pág. 5.

<sup>13</sup> Arts. 15, 76-I, 89-X, 94, 104-I, 117 y 133 de la Constitución federal.

<sup>14</sup> Diario Oficial de la Federación publicado el 2 de enero de 1992.

<sup>15</sup> Vázquez Pando y Ortiz Ahlf, op. cit., pág. 6

<sup>16</sup> Adame Goddard, Jorge. “Relaciones entre el Tratado de Libre Comercio y la Legislación Mexicana”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre de Derecho, Año 16, No. 16, 1992, pág. 15.

<sup>17</sup> Art. 133 constitucional.

## C. EL TLCAN Y EL DERECHO MEXICANO

Definir cual es el lugar correspondiente de los tratados internacionales, incluyendo el TLCAN, en el orden jurídico mexicano, significa determinar cual será su relación con la legislación vigente en México, a partir de la misma Constitución.<sup>18</sup> En este apartado trataremos de resolver la cuestión que surge cuando un tratado internacional, en todo o parte, celebrado por México contraviene lo dispuesto por la Constitución mexicana. Asimismo, trataremos la cuestión referente a la contradicción que puede llegarse a dar entre las disposiciones señaladas en un tratado internacional y lo previsto en una ley federal, cualquiera que sea su carácter. Pondremos singular énfasis en el ámbito de aplicación de estos dos tipos de ordenamientos.

El Presidente de la República celebró el TLCAN con base en lo dispuesto por el artículo 89 fracción X de la Constitución, que le concede la facultad de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, siempre que los someta a la aprobación de la Cámara de Senadores. Por su parte, el Senado de la República según lo dispuesto en la fracción I del artículo 76 de la Constitución, está investido de la competencia necesaria para aprobar o rechazar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el "Ejecutivo de la Unión".<sup>19</sup>

La facultad del Presidente no tiene más que dos limitaciones: a) requerir la aprobación previa del Senado y, b) las prohibiciones establecidas en algunas disposiciones constitucionales para celebrar algunos tratados específicos.<sup>20</sup> Al respecto González de Cossío señala que la facultad del Presidente de la República de celebrar Tratados Internacionales, es extremadamente amplia, encontrando sus límites únicamente en las que se derivan del artículo 15 de la Constitución Política Federal. Fuera de esta restricción, las facultades del Ejecutivo Federal resultan virtualmente ilimitadas en materia de negociaciones internacionales.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Adame, op. cit., pág. 9.

<sup>19</sup> La *Ley sobre la celebración de los Tratados*, pretende permitir que las Entidades de la Federación celebren acuerdos interinstitucionales.

<sup>20</sup> Arts. 15, 18 y 133 constitucionales.

<sup>21</sup> González de Cossío Guadalajara, Francisco. Problemas Constitucionales que Presenta Capítulo XI (Inversión) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho, México D.F., Universidad Iberoamericana, 1996, pág. 27.

A manera de referencia, el artículo 15 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone:

“Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

La última parte del artículo quince constitucional debe entenderse como un límite impuesto a las facultades del Ejecutivo Federal y del Senado, para celebrar tratados que deroguen, alteren o modifiquen, haciendo más limitativo el alcance de las garantías constitucionales.<sup>22</sup>

Una vez celebrado el tratado y cubiertos los requisitos formales señalados en la Ley Sobre la Celebración de Tratados, el tratado pasa a formar parte de la Ley Suprema de la Unión.<sup>23</sup> Lo cual no significa que pierda su carácter de tratado para convertirse en una ley federal. El tratado es una fuente formal de derecho distinta a la ley,<sup>24</sup> sujeta a un régimen constitucional diverso al aplicable tanto a las leyes federales como a las locales y que forma parte del estrato jurídico general o nacional.<sup>25</sup> Es claro que si el tratado se contempla como si fuera parte del Derecho interno, los jueces tenderían a interpretarlo conforme a los criterios, reglas y precedentes del Derecho interno, es decir como si fuera una más de las leyes nacionales. En este caso, se consideraría a las resoluciones judiciales relativas al tratado como decisiones sujetas al régimen de apelaciones y revisiones a que están sujetas todas las demás decisiones judiciales. Reconociendo en cambio a los tratados como normas de Derecho internacional, los jueces podrán interpretarlo conforme a los criterios, reglas y precedentes jurídicos internacionales, y podrá aceptarse sin mayor reparo, la existencia de una jurisdicción especializada no sujeta al control de los órganos jurisdiccionales propios de cada país.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Campillo, Aurelio. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Mexicano, Jalapa, La Económica. 1928, pg. 62. (Citado por González de Cossío, op. cit., pág. 25)

<sup>23</sup> Art. 133 constitucional.

<sup>24</sup> Materialmente es un ordenamiento de tipo legislativo en tanto está integrado por disposiciones generales y abstractas. Formalmente no es ley, pues no es producto de la actividad del órgano legislativo.

<sup>25</sup> V. *infra* inciso 4.3.2.

<sup>26</sup> Adame, op. cit., pág. 11.

Otro aspecto que es conveniente aclarar, es el de la recepción y la aplicación de los tratados internacionales. Sobre lo cual es necesario señalar que existen dos vías de recepción de los tratados internacionales; (a) la recepción especial que requiere una transformación del tratado, mediante un acto de producción normativa interna o, (b) la recepción automática que no requiere de ningún acto normativo especial para la incorporación al sistema jurídico interno.<sup>27</sup> México sigue la doctrina de recepción automática.<sup>28</sup>

Una vez incorporado el tratado, el contenido normativo de éste puede o no tener el carácter de auto-aplicativo, según se requiera de un acto legislativo o ejecutivo posterior a su incorporación para su aplicación o si su aplicación es inmediata.<sup>29</sup>

El tipo de recepción de los tratados internacionales al derecho interno depende del sistema jurídico de cada país, sin importar la naturaleza de las disposiciones contenidas en éste. Por el contrario, un tratado puede contener disposiciones que, por su redacción, puedan aplicarse directamente a los particulares sin que se requiera de una disposición legislativa interna. A este tipo de disposiciones se les llama doctrinalmente “auto-aplicativas”<sup>30</sup> o de lo contrario, pueden ser disposiciones que para su aplicación a los particulares sea indispensable una acción legislativa o ejecutiva interna.<sup>31</sup>

Para poder determinar la posición que guarda el TLCAN frente al derecho interno mexicano, es necesario antes hacer una breve referencia a las doctrinas que se han venido dando respecto de la relación que guarda el derecho internacional público frente al derecho interno en la doctrina y en la práctica internacional. Al respecto podemos señalar que a principios de este siglo, comienza

---

<sup>27</sup> Ortiz, op. cit., pág. 40.

<sup>28</sup> Artículo 133 Constitucional.

<sup>29</sup> Ortiz, op. cit., pág. 41.

<sup>30</sup> Por ejemplo de las disposiciones establecidas en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN.

<sup>31</sup> Por ejemplo, según el artículo 5 de la *Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda* (DOF), 8 de julio de 1936). los Estados partes deben establecer sanciones iguales a la falsificación de la moneda nacional y la extranjera. Tal disposición no puede ser directamente aplicada a los falsificadores, sino que requiere una acción legislativa interna que prevea la misma sanción para la falsificación de la moneda nacional y de la extranjera, pues el tratado no establece las sanciones, sino la obligación de los Estados de sancionar la falsificación.

el debate doctrinal acerca de las relaciones entre estos dos ordenamientos legales.<sup>32</sup> Básicamente se han adoptado tres posturas: las tesis dualistas, las tesis monistas y las tesis coordinadoras o conciliadoras.

La teoría del dualismo, surge a partir de las obras de Triepel y Anzilotti, estableciendo que el derecho internacional público y el derecho interno de los Estados son dos ordenes jurídicos completamente distintos e independientes. Se distinguen tanto por sus fuentes como por sus ámbitos de validez no coincidentes, dando como resultado que entre estos dos ordenamientos no pueda surgir conflicto alguno.<sup>33</sup> Estos sistemas jurídicos disímiles se distinguen fundamentalmente en tres aspectos:

- (a) Por las relaciones que regula. El derecho interno rige las relaciones internas del Estado mientras que el derecho internacional público se refiere a sus relaciones externas;
- (b) Por su ámbito de aplicación. El derecho interno regula soberanamente a través de los órganos estatales las relaciones jurídicas de sus sujetos destinatarios, en tanto que el derecho internacional solo regula las relaciones entre Estados estrictamente iguales; y,
- (c) Por sus fuentes. El derecho interno es el producto unilateral del proceso legislativo del Estado y el derecho internacional público genera sus normas por la voluntad común de los Estados, todos.<sup>34</sup>

De la misma manera, se señalan tres principios que se desprenden de esta teoría:

- (i) Las normas internacionales no pueden influir sobre el valor obligatorio de las normas internas, y viceversa;

---

<sup>32</sup> Ortiz, op. cit., pág. 5.

<sup>33</sup> Ibidem, pág. 6.

<sup>34</sup> Ibidem.

- (ii) Entre el derecho interno y el derecho internacional no puede existir conflicto en sentido propio; y,
- (iii) El derecho internacional público puede referirse al derecho interno y éste al derecho internacional.<sup>35</sup>

Las tesis monistas por su parte señalan que ambas ramas jurídicas se encuentran unidas en un mismo sistema jurídico. Estas tesis parten de la concepción normativista de Kelsen, en la que se concibe la unidad de todas las ramas del derecho en un mismo sistema jurídico. Podemos encontrar así tesis monistas nacionalistas, dando supremacía al derecho interno sobre el derecho internacional o las tesis monistas internacionalistas, en las que prevalece el derecho internacional sobre el derecho interno.

La teoría monista resuelve el posible conflicto que pueda surgir entre el derecho interno y el derecho internacional, dándole prioridad al derecho interno (siguiendo la teoría monista nacionalista) o al derecho internacional (siguiendo la teoría monista internacionalista). Dentro de las teorías monistas, actualmente predomina la vertiente internacionalista.<sup>36</sup>

Por su parte, las tesis coordinadoras o conciliadoras suponen la unificación de las dos ramas del derecho en un mismo sistema jurídico, pero se distinguen de la postura monista en que las relaciones que se dan dentro de estas dos ramas son de coordinación y no de jerarquía.

Al respecto la Convención de Viena sobre Tratados establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de tratados, salvo si un tratado viola una norma fundamental de su derecho interno y ésta sea manifiesta y evidente.<sup>37</sup> De modo que el derecho internacional, supone, en principio, la supremacía de este derecho frente al derecho interno. Esto no impide a los Estados establecer que en su sistema interno el derecho nacional prevalece sobre el derecho internacional. En este caso, de darse una contradicción entre

---

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Artículos 27 y 46. Citado por Ortiz, op. cit., pág. 7.



estos dos sistemas, el Estado que resuelva en favor del derecho interno sería sujeto de responsabilidad internacional por incumplimiento de una norma de derecho internacional.

Consideramos que la Constitución mexicana ha adoptado la tesis monista nacionalista en consideración a lo siguiente:<sup>38</sup>

El artículo 133 constitucional establece que los tratados tienen que ser conforme con la misma, señalando a la letra:

“Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma<sup>39</sup> celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones de los Estados.”

La adición constitucional de 1934, nos apunta claramente en la dirección de la tesis monista nacionalista, ya que un Tratado internacional que vaya en contra de la Constitución Federal, sería desincorporado<sup>40</sup> de nuestro sistema jurídico y por lo tanto, no tendría fuerza legal en México.<sup>41</sup>

Como resultado lógico de este criterio se puede pensar que una persona que resulte afectada por una disposición del tratado podría solicitar y obtener protección de la justicia federal mediante el juicio de amparo. Al respecto existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que claramente expresa la procedencia del juicio de amparo contra actos de autoridades realizadas en cumplimiento de tratados internacionales.<sup>42</sup> En su parte conducente, la Suprema Corte señala

---

<sup>38</sup> En contra de nuestra postura ver Ortíz, op. cit., pág. 9.

<sup>39</sup> La parte subrayada fue adicionada al texto constitucional en 1934.

<sup>40</sup> Decimos “desincorporarla” ya que México sigue el sistema de incorporación automática de los tratados internacionales, su aplicación es obligatoria hasta en tanto no sea declarado anticonstitucional por jurisprudencia firme.

<sup>41</sup> Al respecto y en consonancia con nuestra opinión, la Suprema Corte de Justicia señala que el artículo 133 constitucional, “no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional”, *Semanario Judicial de la Federación*, 6ª. época, vol. XCVIII tercera parte, pág. 61.

<sup>42</sup> Adame, op. cit., pág. 17.

que: “. . . ni el precepto constitucional contenido en el artículo 133 ni otro alguno de la propia constitución o de la Ley de Amparo proscriben el juicio de garantías en contra de la indebida aplicación de un tratado . . . si el juicio de amparo es el medio de control de la legalidad de los actos de autoridad, debe estimarse procedente aunque se trate de la aplicación de un tratado internacional, ya que de lo contrario se dejaría en estado de indefensión al particular afectado.”<sup>43</sup>

En un capítulo posterior trataremos el tema de la posibilidad de impugnación mediante el juicio de amparo del TLCAN por causas de iniquidad en el trato. Sin embargo, para los efectos de este capítulo, basta decir que en principio y en consideración al texto del artículo 133 constitucional, la aplicación y contenido de los tratados internacionales puede ser impugnada por esta vía.

Es por lo tanto evidente que para el derecho interno, la supremacía la tiene la Constitución Federal. De modo que solamente resta plantearse el problema de la jerarquización entre las leyes federales, las locales y los tratados internacionales.

Al respecto, a continuación trataremos primeramente la relación que existe entre una ley federal y una ley local,<sup>44</sup> luego trataremos el tema de la posible contradicción entre una ley federal y un tratado internacional para finalmente responder la cuestión referente a la posible contradicción entre una norma de derecho interno (federal o local) y un tratado internacional. Siempre desde luego enfocándonos al TLCAN y en particular a su Capítulo XI.

Respecto de la relación que guardan las leyes locales frente a la legislación federal, podemos señalar que, a simple vista y de forma por demás superficial, la Constitución en el artículo 133 antes citado proclama la supremacía del orden federal frente al local. Sin embargo de un análisis más profundo del sistema constitucional mexicano como un todo, se desprende que no se da esta supuesta subordinación de la legislación local frente a la federal.

---

<sup>43</sup> Semanario Judicial de la Federación 6ª. época, vol. XCVIII, tercera parte, pág. 63.

<sup>44</sup> Es importante establecer la relación entre leyes locales y federales, ya que si se determina que éstas prevalecen sobre aquellas, los tratados internacionales nunca entrarían en conflicto con una ley local.

Al respecto señalan los licenciados Vázquez Pando y Ortiz que “la supremacía de las leyes del Congreso de la Unión está subordinada a que las leyes en cuestión emanen de la Constitución, lo cual significa, evidentemente, que tales leyes, para ser *ley suprema*, deben estar conformes con la Constitución. Por lo mismo, la preeminencia de la ley federal sobre la ley local no deriva del carácter federal de la primera, sino que está condicionada a su congruencia con la Constitución. Por tanto, de existir un conflicto entre una ley federal y una ley local, el mismo no se resuelve a favor de la primera necesariamente, pues ésta sólo debe prevalecer si está de acuerdo con la Constitución, lo cual implica que la ley local no lo esté. Si por el contrario, la ley federal no está de acuerdo con la Constitución, prevalece el ordenamiento local. Al respecto debe hacerse notar que, en principio, siempre que se plante un conflicto entre una ley local y una federal existe un problema competencial, ya que los ámbitos materiales de validez de los ordenamientos federales y locales son, en principio, diversos y excluyentes (artículo 124 Constitucional), por lo que no pueden coexistir un ordenamiento federal y otro local sobre la misma materia. Sin embargo, aunque tal sea el principio general, existen algunas materias en las cuales tanto los órganos legislativos locales como el federal tienen competencia.<sup>45</sup> Sólo en tales materias pueden coexistir, constitucionalmente, ordenamientos federales y locales sobre la misma materia, casos en los cuales sí prevalecerían los primeros sobre los segundos en caso de darse alguna contradicción.”<sup>46</sup> Esta tesis parece adecuar correctamente el texto del artículo 133 con el carácter federal de nuestro país.

En virtud del criterio adoptado en el párrafo anterior, es menester ahora resolver el posible conflicto que se da entre una ley federal y un tratado internacional y una ley local y un tratado internacional.

En primer lugar debemos hacer dos distinciones: la primera se refiere a si los tratados internacionales se ubican en el estrato federal o local, y la segunda se refiere a las relaciones de jerarquía entre los tratados y los diversos ordenamientos que integran el sistema jurídico nacional.

---

<sup>45</sup> Por ejemplo, la Ley de Expropiación de 1936 tiene el carácter federal y cada Estado, en principio, puede tener su propia ley de expropiación con normatividad distinta a la señalada en la ley federal.

El Lic. Vázquez Pando señala que se deben determinar ámbitos de competencia, pero no de una ley especial respecto de una ley general, sino de un orden o estrato jurídico diferenciado (el Derecho Nacional) respecto de otro orden o estrato jurídico diferenciado (el derecho internacional).<sup>47</sup> De modo que entendemos al Derecho Nacional como el conjunto de ordenamientos celebrados por el Presidente de la República actuando como Jefe de Estado, es decir, como representante de los Estados Unidos Mexicanos ante el exterior. Estos ordenamientos pueden referirse a materias que, desde el punto de vista de distribución interna de competencias, sean de la esfera local o federal y su validez interna se encuentra subordinada, exclusivamente, a la Constitución. Lo cual lleva a concluir que se está ante ordenamientos nacionales y no federales o locales. Tal conclusión se hace aún más clara si se toma en consideración que el Presidente de la República tiene dos esferas competenciales: como Ejecutivo federal y como Jefe de Estado, y que los tratados los celebra precisamente con este último carácter<sup>48</sup>. Definiendo por lo tanto como leyes nacionales a la Constitución Federal y los tratados, distinguiéndolas de leyes federales y locales.<sup>49</sup>

Toda vez que los tratados internacionales se pueden referir a materias que, desde el punto de vista de distribución interna de competencias legislativas, caen en la esfera competencial del Congreso de la Unión, puede darse el caso de que las disposiciones del tratado sean incompatibles con las de alguna ley federal, situación ante la cual, se debe señalar un criterio de solución. Al respecto consideramos que el problema se resuelve sin necesidad de acudir a criterios de jerarquización de leyes, sino mediante un análisis de ámbitos de validez de las normas respectivas. Es decir los ámbitos de competencia se discriminan a partir de la relación entre una norma general (la ley federal) y una especial (el tratado) que, por lo mismo, debe resolverse aplicando la norma especial a los casos a que ésta se refiere y la norma general (o sea la ley federal) en todos los supuestos no comprendidos por la norma especial (o sea el tratado).<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Adame, op. cit., pág. 23.

<sup>47</sup> Vázquez Pando Fernando. "Jerarquía del Tratado de Libre Comercio en el Sistema Constitucional Mexicano", *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, Universidad Iberoamericana, México, 1992, págs. 35 y ss.

<sup>48</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 25.

<sup>49</sup> Adame, op. cit., pág. 24.

<sup>50</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 25

Al respecto, los licenciados Vázquez Pando y Loreta Ortiz<sup>51</sup> continúan señalando que “debe hacerse notar que los tratados internacionales no son leyes en sentido estricto. Cuando la Constitución los califica como integrantes de la ley suprema no da al término *Ley* la connotación técnica específica de ordenamiento general derivado del proceso legislativo, pues evidentemente la Constitución misma no es una ley en ese sentido, sino que tan sólo pretende establecer un principio jerárquico conforme al cual los tratados y leyes federales que están de acuerdo con la Constitución son la normatividad jerárquicamente superior, derivando tal superioridad de la congruencia con la Constitución.” De modo que el TLCAN será aplicable a las relaciones entre los tres países, pero en general no lo será a las relaciones con terceros Estados o con los propios nacionales. Por lo mismo, sus disposiciones se presentan como normas de aplicación limitada con respecto a las normas generales (leyes federales).

En cuanto a la posibilidad de que una ley local se contraponga a una disposición de un tratado internacional, en principio se debe seguir el mismo criterio señalado para las leyes federales. Es decir se entiende a la ley local como la norma general y al tratado internacional como la ley especial. Esto con la salvedad de tratarse de una materia concurrente, en cuyo caso, prevalece el tratado internacional sobre la propia ley local. Cabe señalar que recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una tesis que se aleja de este criterio. Más adelante trataremos de forma más detallada este cambio de criterio y sus posibles consecuencias.

Cabe solo preguntarnos que sucede en la aplicación de tratados internacionales a los nacionales del país firmante. En este caso debemos señalar que no hay un criterio uniforme al respecto. Normalmente, los tratados internacionales no conceden derechos a los particulares sino que se refieren a puntos de interés internacional y surten efectos solamente entre sujetos de derecho internacional público. En los casos en los que el tratado internacional otorga derechos a los nacionales de los Estados parte, como son los tratados en materia de derechos humanos, o a sus inversiones, como lo es el Capítulo XI del TLCAN, los nacionales del Estado parte solo tienen los derechos otorgados en dicho tratado en relación con los demás Estados parte. Es decir los beneficios del capítulo de inversión no se hacen extensivos a las inversiones o a los

inversionistas nacionales de cada uno de los Estados parte en el Estado del que son nacionales y solamente frente a los otros Estados Parte.<sup>52</sup> Al contrario, los tratados en materia de derechos humanos por su propia naturaleza, si otorgan derechos a los nacionales de un Estado parte frente a ese Estado.

Como se ha hecho notar, los problemas derivados de la diversa regulación prevista en un tratado y en una ley, pueden ser resueltos acudiendo a un análisis de los ámbitos de validez de las normas respectivas, según el cual las disposiciones del tratado se presentan como normas especiales aplicables en ciertos casos, o a ciertos sujetos,<sup>53</sup> en tanto que las leyes internas se presentan como ordenamientos generales aplicables a todos los casos no regulados por la normatividad especial. Tal es sin duda la situación del TLCAN y en especial del Capítulo XI, pues el mismo sólo regula las relaciones derivadas de “inversiones” o de “inversionistas”<sup>54</sup> de un Estado parte en los demás Estados parte, pero no con respecto a terceros Estados, salvo algunas disposiciones, que sí son aplicables a éstos.<sup>55</sup>

Sin embargo esta teoría presenta el problema que parece teóricamente posible en la celebración de un tratado de generalidad tal, que plantee problemas no susceptibles de solución conforme al criterio anterior (Ley general vs. Ley especial) ya que la aplicación del tratado sería general por ser todos los Estados parte del tratado, por lo que debe preguntarse, en tales casos, si el problema debe resolverse conforme a algún criterio de jerarquización y, en caso afirmativo, cuál será éste.<sup>56</sup>

Intentar solucionar este problema partiendo de una teoría monista no nos lleva a un feliz resultado ya que siguiendo la lógica de Cesar Sepúlveda:<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ver artículo 1101 del TLCAN.

<sup>53</sup> Respecto del Capítulo XI del TLCAN hablaríamos de los inversionistas de un Estado parte y sus inversiones, realizadas en los otros Estados parte.

<sup>54</sup> Ver el artículo 1139 para una extensa definición de inversión e inversionista.

<sup>55</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 26.

<sup>56</sup> Ibidem, pág. 27.

<sup>57</sup> “Los tratados en el orden legal mexicano”, *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1962, pág. 209. (citado por Jorge Adame, op. cit., pág. 23.)

“ . . . la Constitución tiene primacía sobre tratados y leyes federales que se han de adecuar a ella pero estos dos últimos poseen un grado equivalente frente a la Constitución . . . Ello significa que en caso de oposición entre el pacto internacional y una ley federal ordinaria, deben regir las normas reconocidas de que la ley posterior deroga a la anterior que se [le] oponga”

Sin embargo, cabe preguntarnos si una ley federal puede derogar un tratado o viceversa. A este respecto se debe precisar que dado que en la modificación y derogación de leyes federales debe seguirse el mismo procedimiento que para la aprobación de las mismas,<sup>58</sup> resulta obvio que un tratado no puede modificar ni derogar una ley federal, ya que en la celebración de éste no se sigue el procedimiento legislativo, sino el procedimiento especial consistente en la celebración por el Presidente y aprobación del Senado.<sup>59</sup> Por otra parte, aunque la Constitución no regule expresamente la materia, parece obvio que una ley del Congreso General tampoco puede modificar ni derogar un tratado, pues éstos son una fuente jurídica diversa que escapa tanto a la competencia del Congreso General como a la de las legislaturas de los Estados de la Federación.<sup>60</sup>

El Dr. Jorge Adame Goddard señala que el planteamiento anterior y, en general la manera simplista (en este caso se refiere a las tesis monistas) de resolver las cuestiones suscitadas por la posible oposición o incluso contradicción de un tratado internacional y una ley federal bajo la perspectiva de su incorporación y lugar en el orden jurídico nacional, es un planteamiento que ya agotó todas sus posibilidades y solo conduce a un callejón sin salida; si se decide que los tratados prevalecen sobre la legislación federal, se viola la Constitución en cuanto a que ésta dispone que las leyes aprobadas por el Congreso no pueden modificarse o derogarse, sino a través del mismo procedimiento que las llevó a su publicación. Pero si se resuelve determinando que prevalecen las leyes federales, se permitirá entonces que el Congreso de la Unión modifique unilateralmente el contenido de los tratados, violando el principio de *pacta sunt servanda* y haciendo a nuestro país sujeto constante de responsabilidad internacional.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Art. 72 sección F de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>59</sup> Arts. 76-1, 89-X y 133 constitucionales.

<sup>60</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 27. Esta misma idea se plantea por Mario de la Cueva en varias de sus obras. Al respecto ver Adame, op. cit., pág. 19.

<sup>61</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 28.

Evidentemente, un segundo criterio de solución lo daría el artículo 133 constitucional, consistente en hacer prevalecer la norma que estuviera de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, puede tratarse de normas de naturaleza tal, que ambas sean compatibles con la Constitución,<sup>62</sup> caso en el cual tal criterio no sería suficiente para resolver el problema.

Un tercer criterio parece resolver adecuadamente el problema que se viene tratando, señalando que el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes autónomos y diferenciados dentro del sistema jurídico mexicano. Cada uno de estos órdenes tiene sus propias fuentes, sus propios ámbitos de aplicación y competencia y sus propios órganos jurisdiccionales. Las relaciones que se dan entre el derecho internacional y el derecho interno no son de jerarquía dentro de un mismo sistema homogéneo sino de coordinación entre dos órdenes jurídicos diferenciados dentro de un sistema jurídico heterogéneo.

De esta forma resolveríamos cualquier problema de aplicación derivado de una posible contradicción u oposición entre una ley federal y un tratado internacional al determinar los ámbitos de competencia específicos de dos órdenes o estratos jurídicos diferenciados, a saber el derecho internacional o el derecho interno.<sup>63</sup> No hay que olvidar empero, que el derecho internacional y, en particular los tratados internacionales, son parte integrante del sistema jurídico mexicano y por lo tanto, debe siempre estar de acuerdo en contenido y forma con la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 1475/98 está cambiando de criterio, ya que el pasado 11 de mayo de 1999 aprobó por unanimidad de 10 votos la siguiente tesis jurisprudencial:

“Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, tanto una norma que establece que la cosa expropiada se debe pagar dentro de un año a partir de la fecha de toma de posesión y una norma que señala que se debe pagar antes de la toma de posesión del bien expropiado, son, en nuestro sistema actual, compatibles con la Constitución.

<sup>63</sup> Adame, op. cit., pág. 30



norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de las dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia. Independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar el derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, número 60. correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA

MISMA JERARQUIA NORMATIVA”, sin embargo este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.”

A pesar de su contenido y redacción, consideramos que esta tesis no marca un nuevo criterio de interpretación del artículo 133 Constitucional ya que como señala el Lic. José Ramón Cossío D., adolece de serios errores lógico jurídicos.<sup>64</sup> Sin embargo y en caso de que persista el criterio anterior de la supremacía de los tratados internacionales sobre leyes reglamentarias o federales, consideramos que dada la aplicación especial de los tratados de libre comercio que venimos explicando, no va a darse el caso de una pugna entre éstos y las leyes federales.

#### D. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>65</sup> define, en su artículo 2 , a un tratado como:

“Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” A su vez, la Ley sobre la Celebración de Tratados<sup>66</sup> define a un Tratado como:

“El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos”. La *lex scripta* internacional constituye una de las fuentes principales<sup>67</sup> de

---

<sup>64</sup> Cossío D., José Ramón “Cuestiones Constitucionales, La Nueva Jerarquía de los Tratados Internacionales,” *Este País*, No. 107, Febrero de 2000, pág. 38.

<sup>65</sup> Firmada en Viena el 23 de mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

<sup>66</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992, y que entró en vigor el día siguiente de dicha publicación.

<sup>67</sup> Como así lo contempla el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, (firmado en San Francisco el 26 de junio de 1945, y que entró en vigor el 24 de octubre de 1945). Asimismo, lo anterior ha sido

derecho internacional<sup>68</sup> ya que es la forma en que los entes soberanos, y los organismos internacionales, establecen los derechos y obligaciones que regirán las relaciones entre los mismos.

En México la regulación de las convenciones internacionales se deriva de la Constitución misma y de la Ley sobre la Celebración de Tratados. Los artículos 89.X<sup>69</sup> y 133<sup>70</sup> de la Constitución facultan expresamente al Presidente de la República para negociar y celebrar tratados internacionales con las potencias extranjeras y los organismos internacionales.

No solamente se obliga a que se respeten estas garantías y que estas garantías no se suspendan ni se restrinjan sino en los casos y en las condiciones que la misma Constitución establece, sino que está terminantemente prohibido que puedan celebrarse tratados con las potencias extranjeras en los cuales se alteren de cualquier manera estas garantías,<sup>71</sup> ya que las garantías son mandatos a las autoridades para que las respeten y se atengan en todo caso a ellas; son prohibiciones a que por medio de tratados o convenios se desconozcan o alteren.<sup>72</sup>

Las garantías o derechos consagrados en la Constitución son derechos mínimos, que por lo mismo pueden ser ampliados o complementados por las Constituciones de los Estados, por las leyes reglamentarias y, sobre todo, por los tratados y convenciones internacionales en materia de

---

reconocido por nuestro legislador. Al respecto ver la exposición de motivos de la iniciativa de la Ley de Celebración de Tratados.

<sup>68</sup> Si bien el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece una jerarquía entre las fuentes de derecho internacional, se le ha dado una posición prioritaria a los tratados. Lo anterior se puede corroborar en el gran arraigo, popularidad y aceptación con el que han contado en el ámbito internacional, el cual se puede fácilmente vislumbrar en la cifra de más de 30,000 tratados internacionales que han sido registrados ante las Naciones Unidas a partir de la Segunda Guerra Mundial -1945. (Schachter, Oscar. International Law in Theory and Practice Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, pág. 74.)

<sup>69</sup> El artículo 89 de nuestra Ley Fundamental reza: "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: (...) X. Dirigir la política exterior y celebrar los tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado..."

<sup>70</sup> El artículo 133 del cuerpo legislativo citado dispone que: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

<sup>71</sup> Congreso Constituyente de 1916, 11ª sesión ordinaria celebrada la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916.

<sup>72</sup> Campillo, op. cit., pág. 21.

derechos humanos firmados y ratificados por nuestro país;<sup>73</sup> pero ninguno de todos estos ordenamientos puede contradecir a la Constitución.<sup>74</sup> Se ha llegado a afirmar que los únicos Tratados que son anticonstitucionales son aquellos que van contra una prohibición expresa contenida en algún precepto de la Constitución.<sup>75</sup>

La facultad del presidente de celebrar tratados internacionales no es omnimoda ni ilimitada, el presidente de la República, al celebrar un tratado, debe primero consultar la Constitución y saber si el tratado es consistente con ella.<sup>76</sup> La única limitación que tiene el presidente de la República respecto de la celebración de tratados internacionales se localiza en las normas contenidas en el texto de la Constitución.<sup>77</sup> De lo que se deriva la obligación del Ejecutivo que cuando ejerza su amplísima facultad de celebrar tratados internacionales, se atenga a las restricciones que contiene el texto constitucional.

Las limitaciones o restricciones a las garantías individuales sólo pueden establecerse por la misma Constitución. La legislación ordinaria solo debe reglamentar su sano ejercicio y alcances.<sup>78</sup>

Cuando la parte final del artículo 15 de la constitución habla de convenios y tratados que “alteren las garantías y derechos” constitucionales del hombre y del ciudadano, se entiende que semejante “alteración” corresponde a las restricciones o suspensiones que proscribire o condiciona el artículo 1.<sup>79</sup> El artículo 15 de la Constitución viene a ser un complemento del artículo 1.<sup>80</sup> La

---

<sup>73</sup> Para un somero análisis acerca de las Convenciones en materia de Derechos Humanos aprobadas por nuestro país, así como la protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, véase González de Cossío y Martínez, Francisco; y González de Cossío Guadalajara, Francisco. Los Derechos Humanos. Un Enfoque Regional. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (NS), Año XXX, No. 90 Septiembre-Diciembre 1997, pág. 1037.

<sup>74</sup> Fix Fierro, op. cit., pág. 8.

<sup>75</sup> Enriquez Jr., Ernesto. Defensa del Tratado México-Norteamericano sobre Ríos Internacionales. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946, pág. 240. (Citado por Patiño, op. cit., pág. 1187).

<sup>76</sup> Esquivel Obregón, Toribio. Impugnación del Tratado de Aguas. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946, pág. 195. (Citado por Patiño, op. cit., pág. 1187).

<sup>77</sup> Patiño, op. cit., pág. 1184.

<sup>78</sup> Burgoa, op. cit., pág. 262.

<sup>79</sup> García Ramírez, Sergio. “Comentario al Artículo 15 Constitucional,” en AAVV, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. Cámara de Diputados, México D.F., Miguel Ángel Porrúa, 1996, tomo III, pág. 146.

prohibición<sup>81</sup> que abarca el artículo 15 constitucional versa sobre cualquier tratado o convenio internacional, y se asocia con el artículo 1 al disponer que “no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.<sup>82</sup>

Al prohibirse a las entidades federativas<sup>83</sup> toda actividad en el orden externo o de la vida internacional, se deposita el ejercicio de la soberanía nacional, en cuanto a sus relaciones con las potencias extranjeras, en aquellos órganos federales, el Presidente de la República y Cámara de Senadores, a quienes la Constitución les atribuye la facultad de intervenir en la celebración o concertación de tratados con otras naciones soberanas confiando en que ejercerán dicha facultad conforme a derecho sin extralimitarse en sus funciones ni violar la Constitución, ya que “las autoridades del Estado tienen la obligación de considerar a todos los gobernados . . . situados en un mismo plano, sin atribuir distinciones y diferencias por concepto de raza, religión, **nacionalidad**, etc.”<sup>84</sup>

El artículo 133 de la Constitución al entrañar el Principio de Supremacía Constitucional, hizo alusión expresa a la necesidad de que los tratados internacionales no contraríen a la Constitución. Dicha disposición, que constituye el engrane de unión entre el derecho interno y derecho internacional, expresamente estipuló que todo tratado internacional que pretendiera introducirse en nuestro sistema jurídico debería necesariamente cumplir con el requisito de congruencia y respeto al mismo a fin de no introducir instituciones y disposiciones dislocadoras de nuestro orden jurídico que, además, por si fuera poco, se caracterizarían por ser “*Ley Suprema de toda la Unión*” y, por ende, de no acatar el requisito en cuestión, se constituirían en, y provocarían, un galimatías dentro de nuestro orden jurídico.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> Burgoa, op. cit., pág. 266.

<sup>81</sup> La prohibición establecida en el artículo 15 fue propuesta como adición al proyecto del artículo 15 de la constitución de 1857 (igual que a nuestra Ley Suprema vigente) por Don Francisco Zarco, arguyendo que los tratados que se celebran con precipitación, y se discuten con la misma suerte, suelen producir graves alteraciones en los derechos civiles y políticos de los ciudadanos de un país; por eso eminentes conocedores del derecho internacional recomiendan a los negociadores que se abstengan de aceptar estipulaciones que modifiquen las leyes de la nación que representan. (Burgoa, op. cit., pág. 266).

<sup>82</sup> García Ramírez, op. cit., pág. 146.

<sup>83</sup> Artículo 117 fracc. I de nuestra Constitución Federal.

<sup>84</sup> Burgoa, op. cit., pág. 256.

<sup>85</sup> González de Cossío. Op. cit., pág. 54.

A su vez el artículo 133 de la Constitución se relaciona con el artículo 15 del mismo ordenamiento, los cuales, establecen el mínimo con el que debe contar una convención internacional para cumplir con el requisito de validez, especialmente aquéllas que tienen incidencia sobre los derechos del hombre.

## **E. IGUALDAD EN CUANTO AL TRATO**

Como apéndice a esta idea debemos precisar que puede darse el caso en el que dentro de su propio ámbito de aplicación y competencia, una norma internacional en determinada hipótesis normativa otorgue un trato distinto que aquel que otorga una norma de derecho interno en la misma hipótesis. En este extremo, tendríamos dos normas (cada una en su ámbito de aplicación) regulando el mismo supuesto en sentidos diferentes, surgiendo, en lo que respecta al orden interno, posible desigualdad en el trato y por lo tanto un conflicto constitucional.

De forma preliminar planteamos el caso en el que los inversionistas o las inversiones de nacionales de Canadá y de los Estados Unidos de América reciban un trato distinto y más benéfico en México que aquel que reciben los nacionales de terceros países no relacionados con el TLCAN. Incluso se puede considerar que los inversionistas o las inversiones de Canadá o Estados Unidos de América reciben un trato preferencial que el trato que reciben los mismos inversionistas mexicanos o sus inversiones en México. Este trato lo recibirían al ajustarse a la normatividad del Capítulo XI del TLCAN.<sup>86</sup> A continuación analizaremos estos extremos con el objeto de determinar si realmente existe un trato desigual y violatorio de la garantía de igualdad.

En el caso de bienes, servicios, nacionales y residentes de Estados parte del GATT, la situación es relativamente fácil de resolver, ya que como señalamos anteriormente el TLCAN está fundado en las disposiciones del GATT como un acto de excepción a su aplicación, su suscripción y contenido está expresamente autorizado por los países miembros del GATT.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 28.

<sup>87</sup> Ibidem.

En los demás casos, es necesario hacer ciertas diferenciaciones.

Por lo que se refiere a la importación de bienes y comercio de los mismos dentro del país, puede resolverse señalando que el artículo 131 constitucional faculta al Congreso para dar trato distinto a los bienes provenientes de diversos Estados.<sup>88</sup>

En materia de servicios, la situación es algo más compleja, pues el artículo 131 constitucional se refiere a la importación, exportación y tránsito de mercancías. Sin embargo de una interpretación no muy liberal de este artículo se podría llegar a la conclusión de que los servicios, salvo algunos casos de excepción especialmente regulados en la misma Constitución, son de la misma forma una mercancía de trabajo por lo que podríamos ubicarla en el mismo rubro que las mercancías propiamente dichas.<sup>89</sup>

En cuanto al ingreso de personas, el extranjero al entrar al país bajo una calidad y característica específica, está aceptando las limitaciones correspondientes a su calidad migratoria, por lo que se está ante actos consentidos que, por lo mismo, no son susceptibles de impugnación a través del juicio de amparo.

Un último planteamiento de inconstitucional se deriva justamente de la teoría dualista que acabamos de exponer y hace referencia específica al Capítulo XI del TLCAN,<sup>90</sup> en el sentido que sus disposiciones son aplicables solamente a los inversionistas y las inversiones de nacionales de un Estado parte hechas en otro Estado parte<sup>91</sup> y no se hacen extensivas a los inversionistas y las inversiones hechas por nacionales del Estado anfitrión. Es decir, los beneficios del Capítulo XI

---

<sup>88</sup> Ibidem, pág. 29.

<sup>89</sup> Esta opinión se basa en la razón histórica que nuestros órganos de interpretación constitucional han tenido determinaciones mucho más temerarias.

<sup>90</sup> Al respecto es de grave importancia señalar que todos los tratados de libre comercio celebrados por México hasta este momento contienen básicamente el mismo clausulado que el Capítulo XI del TLCAN por lo que todos los argumentos presentados en este trabajo se pueden hacer extensivos a los demás tratados internacionales.

<sup>91</sup> El Capítulo XI en general, busca equiparar a los inversionistas de un Estado Parte con los nacionales del Estado anfitrión, por lo que naturalmente sus normas no entran en conflicto con las normas de derecho interno. Sin embargo, tanto en lo referente a expropiaciones como en lo relacionado con la solución de controversias, señalan una vía distinta que la que dispone un nacional mexicano.

los obtienen los inversionistas de los Estados parte siempre y cuando dicho inversionista realice sus inversiones en otro Estado parte del TLCAN.

Esta cuestión es la materia misma de este trabajo por lo que será resuelta a lo largo del mismo. Sin embargo, cabe adelantar el atinado comentario del Dr. Jorge Adame Goddard que critica la tesis dualista como la presenta el Lic. Vázquez Pando, sosteniendo que tropieza con varias disposiciones y principios que la propia Constitución establece.<sup>92</sup> Además de lo señalado por el Dr. Adame, pensamos que ciertas disposiciones del Capítulo XI del TLCAN sí presentan problemas de constitucionalidad justamente en lo que se refiere a su ámbito de aplicación. Con la promesa de que más adelante se tratará este punto a detalle, adelantamos que nos referimos en concreto a los artículos 1, 12, 13 y 28 de la Constitución por cuanto a que consideramos que los extranjeros reciben un trato más favorable que el otorgado a los mexicanos.

A continuación haremos una somera explicación del contenido del TLCAN. Al término del cual trataremos a profundidad los temas y materias contenidos en el Capítulo XI del TLCAN. En cuyo análisis nos detendremos para comentar y analizar aquellos puntos que consideramos pudiesen contradecir u oponerse a la garantía de igualdad establecida en sendos artículos de nuestra Constitución.

## **F. ESTRUCTURA DEL TLCAN**

El TLCAN consta de un preámbulo y 22 capítulos distribuidos en ocho partes, las cuales se ocupan, respectivamente, de los siguientes temas:

**Primera Parte: Aspectos Generales.** Comprende los Capítulos I y II que tratan los objetivos del tratado y de las definiciones generales.

**Segunda Parte: Comercio de Bienes.** Comprende: (i) el Capítulo III que se refiere al trato nacional y acceso de bienes al mercado; (ii) el Capítulo IV que se refiere a las reglas de origen; (iii) el Capítulo V que se refiere a los procedimientos aduaneros; (iv) el Capítulo VI que se



refiere a la energía y petroquímica básica; (v) el Capítulo VII que se refiere al sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias; y (vi) el Capítulo VIII que se refiere a las medidas de emergencia.

**Tercera Parte: Barreras Técnicas al Comercio.** Comprende únicamente el Capítulo X, que se ocupa precisamente de las barreras técnicas al comercio.

**Cuarta Parte: Compras del Sector Público.** Comprende el Capítulo X, que se refiere a este tema.

**Quinta Parte: Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados.** Comprende: (i) el Capítulo XI que se refiere a los temas de inversión; (ii) el Capítulo XII que se refiere al comercio transfronterizo de servicios; (iii) el Capítulo XIII que se refiere a las telecomunicaciones; (iv) el Capítulo XIV que se refiere a los servicios financieros; (v) el Capítulo XV que se refiere a la política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado, y (vi) el Capítulo XVI que se refiere a la entrada temporal de personas de negocios.

**Sexta Parte: Propiedad Intelectual.** Comprende únicamente el Capítulo XVII.

**Séptima Parte: Disposiciones Administrativas e Institucionales.** Comprende: (i) el Capítulo XVIII que se refiere a la publicación, notificación y administración de leyes; (ii) el Capítulo XIX que se refiere a la revisión de solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias, y (iii) el Capítulo XX que se refiere a las disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias.

**Octava Parte: Otras disposiciones.** Está integrada por los Capítulos XXI y XXII que se ocupan de las excepciones y las disposiciones finales, respectivamente.

El tratado cuenta, además, con diversos anexos integrados a lo largo de su capitulado, así como de notas, el anexo 401 y siete anexos numerados del I al VII que van al final del texto.<sup>93</sup>

## G. CAPITULO XI DEL TLCAN

El propósito general de este capítulo del TLCAN es promover los flujos de inversión extranjera otorgando mejores concesiones y garantías a los inversionistas provenientes de los países miembros del TLCAN que las conferidas a los inversionistas en general por las legislaciones nacionales y las derivadas del GATT.<sup>94</sup> Este capítulo establece un nuevo marco legal para la regulación de la inversión extranjera en México, Estados Unidos de América y Canadá<sup>95</sup>, mediante reglas sustantivas respecto del trato a la inversión, requisitos de desempeño, transferencias y expropiación y compensación, incorporando además un mecanismo novedoso para la solución de controversias entre los inversionistas extranjeros y los países anfitriones de dicha inversión.<sup>96</sup> Este capítulo es de tal trascendencia que el entonces Senador de la República Porfirio Muñoz Ledo señaló ante el pleno de la Cámara de Senadores el 27 de noviembre de 1992 que: “Este [el TLCAN] es más un tratado de inversión extranjera que un tratado de libre comercio.”

Este Capítulo consta de tres secciones y abarca los artículos 1101 al 1139, así como los Anexos 1120.1, 1137.2, 1137.4, 1138.2 y III, y lo conducente de los Anexos I, II y IV.

Vázquez Pando y Loreta Ortiz, en su multitudinaria obra señalan que, este Capítulo regula a los inversionistas de los Estados Parte y sus inversiones en el territorio de otro Estado Parte, existentes al momento de la entrada en vigor del tratado o bien posteriores. Se excluyen las inversiones en las actividades económicas especificadas en el Anexo III.

---

<sup>93</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 29.

<sup>94</sup> Ciscomani Freaier, Francisco. “Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Inversión y Solución de Controversias,” *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México D.F., Tomo 10, 1993 pág. 285.

<sup>95</sup> En adelante individualmente definidas como “Estado Parte” y conjuntamente como “Estados Parte”.

Para estos efectos se define al “Inversionista” como una Parte o un nacional o empresa de una Parte que pretenda realizar, realice o ha realizado una inversión. Esta definición incluye desde luego, a todas las empresas constituidas u organizadas de conformidad con las leyes de un Estado Parte, incluyendo las que sean controladas por inversionistas de un país que no sea Estado Parte siempre y cuando estas empresas lleven a cabo “actividades empresariales sustanciales en el territorio del Estado Parte” (art. 1113.2). Al respecto se puede pensar que esta definición tan amplia del término “Inversionista” vulnera el concepto mismo de nacionalidad establecido en la *Ley de Nacionalidad*<sup>97</sup> (en lo referente a personas morales) favoreciendo el abuso por parte de empresas transnacionales del concepto de personalidad jurídica,<sup>98</sup> haciéndose extensivos los beneficios del Capítulo XI del TLCAN a todo inversionista extranjero que lleva a cabo actividades en territorio de cualquiera de los Estados Parte.

Asimismo, se define Inversión de forma amplísima, ya que abarca todas las formas de propiedad y de participación en las empresas incluyendo, figuras como empresas, acciones de empresas, ciertos préstamos y títulos de deuda, propiedad tangible e intangible como contratos de transferencia de tecnología y de franquicia, concesiones, contratos “llave en mano”, instrumentos de deuda del estado (o sus empresas) siempre y cuando su vencimiento sea de por lo menos tres años, o bien se otorguen a una empresa filial del inversionista.<sup>99</sup>

Cabe aclarar que las inversiones en instituciones financieras se regulan por las disposiciones del capítulo de servicios financieros, salvo que aquel capítulo remita a las disposiciones de éste.

Por otro lado, si en la prestación de un servicio transfronterizo se exige el otorgamiento de una fianza o de alguna otra garantía financiera, dicho servicio se regirá por el capítulo de comercio

---

<sup>96</sup> Bercaw, op. cit., pág. 374

<sup>97</sup> Al respecto, el artículo 8° de la *Ley de Nacionalidad* publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998 establece que son personas morales mexicanas las que se constituyen conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.

<sup>98</sup> Pérez Miranda, Rafael “Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) y la Inversión Extranjera (México),” *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Tomo 18 Año 18. 1994, pág. 451.

<sup>99</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 98.

transfronterizo, y el tratamiento que deba darse a la fianza depositada o garantía financiera otorgada se regulará por este capítulo.

En caso de conflicto entre una disposición de otro capítulo y una disposición del capítulo de inversiones, deberá prevalecer la disposición del otro capítulo.

Este capítulo del TLCAN tiene como principio fundamental la obligación de trato no discriminatorio a los inversionistas o inversiones de un Estado Parte en otro Estado Parte. De modo que al igual que en otros capítulos del TLCAN, se incorporan las cláusulas de trato nacional y la de la nación más favorecidas, con lo cual los Estados Parte deben otorgar a los inversionistas y sus inversiones “un trato no menos favorable del que otorga a sus inversionistas o inversiones, o a los inversionistas y sus inversiones de otros países, en caso de que el trato otorgado a éstos sea mejor que el otorgado a los mismos nacionales”.<sup>100</sup>

Esta misma obligación la tienen las entidades federativas y provincias de los Estados Parte, siendo la obligación de éstas el otorgar “un trato que será no menos favorable del más favorable otorgado en igualdad de circunstancias, por dicha provincia o entidad federativa a sus inversionistas o a los inversionistas del Estado del cual forma parte”.<sup>101</sup>

Además, se incorpora un estándar mínimo de trato respecto de los inversionistas y sus inversiones, por si lo anterior no es suficiente, adoptando como estándar mínimo las normas de derecho internacional público referentes a la protección y respeto de los derechos adquiridos por los extranjeros y a la prohibición de un trato discriminatorio.<sup>102</sup>

Sin embargo los Estados Parte consideraron que no podían otorgarse un trato tan equitativo en todas las áreas, por lo que se negociaron sendos anexos al Capítulo XI en los que se determinan las excepciones y reservas establecidas para cada uno de estos. En lo conducente del Anexo I, las Partes han descrito las medidas discriminatorias que cada uno observará frente al TLCAN o

---

<sup>100</sup> Artículos 1102-1104.  
<sup>101</sup> Artículo 1105.  
<sup>102</sup> Artículo 1105.

que ira eliminando gradualmente. En el Anexo II, las Partes han incluido las reservas permanentes que les permiten adoptar medidas nuevas o más restrictivas en ciertos sectores. El Anexo III, contempla las excepciones a las actividades económicas que no quedaran abiertas o quedarán restringidas a la inversión. El Anexo IV, contempla las reservas al principio de Nación Más Favorecida e indica los sectores en los que las Partes no están obligadas a otorgarse los beneficios contenidos en otros convenios internacionales celebrados antes de los dos años siguientes a la entrada en vigor del TLCAN y cualquier convenio celebrado en el futuro en materia de pesca, aviación, telecomunicaciones y el sector marítimo.

Las partes podrán adoptar y mantener medidas tendientes a exigir el cumplimiento de formalidades especiales, como el requerir que el inversionista resida en el territorio del Estado Parte donde se realiza la inversión o que las inversiones se realicen conforme a las leyes y normas del Estado Parte, siempre y cuando dichos requerimientos no impidan el ejercicio de alguno de los beneficios establecidos en este capítulo.

Dichas leyes y las medidas que apliquen los Estados Parte en este ámbito, protegerán en forma debida la vida humana, la salud y los recursos naturales. Las partes reconocen como inadecuado el aceptar cualquier inversión que tenga por efecto el disminuir o relajar medidas aplicables a la salud, seguridad o protección ambiental. Si algún Estado Parte considera que otro Estado Parte alienta este tipo de inversiones podrá solicitar la realización de consultas con la finalidad de evitar dichas medidas.

Con posterioridad al establecimiento de las inversiones, los Estados Parte podrán solicitar a los inversionistas de los otros Estados Parte información rutinaria con relación a las inversiones que se establezcan en su territorio, la cual será utilizada de manera confidencial para evitar cualquier perjuicio a estos inversionistas. Sin embargo, dicha información podrá revelarse cuando esté de por medio una aplicación equitativa y de buena fe de sus leyes. En lo referente a los órganos de dirección en las sociedades de un Estado Parte con participación de capital extranjero de los otros Estados Parte, no podrá exigirse que el nombramiento de los altos directivos recaiga en personas de determinada nacionalidad.

En cambio, en los consejos directivos o comités podrá exigirse que la mayoría de los integrantes de dicho órgano sean de una nacionalidad en particular o bien residentes, siempre y cuando dicho requisito no constituya un obstáculo para el control del inversionista sobre su inversión.

Por otro lado, los inversionistas de los Estados Parte podrán convertir libremente la moneda de curso legal que adquieran con motivo de ingresos derivados de una venta, ganancias, pago de préstamos y otros ingresos derivados de su inversión en divisas, al tipo de cambio que prevalezca en el mercado. Además se asegura la libre transferencia de las mismas.

La obligación antes mencionada no impedirá el evitar o limitar una transferencia como resultado de una aplicación no discriminatoria y de buena fe de leyes, como las de: quiebras y suspensión de pagos; las relativas a los informes de transferencias de moneda y otros instrumentos internacionales, las que regulan la emisión y comercio de valores; leyes de carácter penal o administrativo y aquellas tendientes a asegurar el cumplimiento de una sentencia en un procedimiento contencioso.

Los Estados Parte no podrán sujetar el establecimiento, adquisición, expansión, dirección, conducción u operación de las inversiones de los inversionistas de los otros Estados Parte o de un Estado no parte, a requisitos tales como: niveles de exportación, contenido nacional mínimo, trato preferencial a proveedores nacionales, relacionar el volumen de las importaciones a los ingresos de las exportaciones, transferencia de tecnología y actuar como proveedor exclusivo de los bienes o servicios que se produzca para un determinado mercado.

De igual forma, los Estados Parte no podrán condicionar cualquier ventaja en conexión con las inversiones de los inversionistas de los Estados Parte y de los Estados no parte, a los siguientes requerimientos: contenido nacional mínimo, trato preferencial a los proveedores nacionales, importaciones sujetas a los ingresos de las exportaciones y restringir la venta de bienes o servicios en razón del volumen de las exportaciones o a las ganancias en moneda extranjera.

En cambio, un Estado Parte si podrá condicionar el otorgamiento de cualquier ventaja, cuando se satisfagan los siguientes requisitos: que en su territorio se ubique la producción, se presten

determinados servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones y se lleven a cabo determinadas investigaciones.

De esta forma, se extiende el ámbito de aplicación del TLCAN a terceros Estados no parte en los aspectos antes mencionados, lo cual es factible de acuerdo al artículo 36 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados.

Cabe precisar, que las compras del sector público, los programas de promoción a la exportación y las actividades en materia de ayuda externa, no están sujetas a las prohibiciones en materia de requisitos de desempeño.

El artículo 1110 protege a los inversionistas de las Partes contra los actos de expropiación o nacionalización o la adopción de medidas equivalentes a los mismos, realizados por los gobiernos de las Partes. Este artículo es de particular relevancia para Estados Unidos de América y Canadá por que la expropiación ha desempeñado un papel importante en la conformación y consolidación de México. Basta recordar la medida expropiatoria que afectó los bienes de la Iglesia el siglo pasado (Ley Lerdo de 1856, Ley de Desamortización y Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, ambas de 1859), reparto agrario durante este siglo, la nacionalización del petróleo y de las empresas productoras de energía, para finalizar con la nacionalización o estatización de la banca en 1982.<sup>103</sup>

De tal suerte que este artículo establece que las expropiaciones, nacionalizaciones o cualquier otra medida similar sobre las inversiones de los inversionistas de los Estados Parte, únicamente se realizarán por causa de utilidad pública, mediante indemnización, sobre bases no discriminatorias y de acuerdo a las normas de derecho internacional.

Las normas de derecho internacional público en materia de expropiación o nacionalizaciones establecen que la compensación deberá ser previa o simultánea a la expropiación, adecuada y justa. Sin embargo, esta norma general se modificó en los casos de nacionalización realizadas

---

<sup>103</sup> Sobre la reflexión respecto de la falta de un artículo que se refiera a la protección de los Estados Parte respecto de la invasión y toma injustificada de territorio de otro Estado Parte.

por países de reciente independencia sobre sus recursos naturales, sujetándose la indemnización a las posibilidades del nuevo Estado independiente.<sup>104</sup>

Uno de los aspectos del Capítulo XI más controvertidos por su absoluta bondad<sup>105</sup> hacia los Inversionistas en caso de una expropiación o medida similar es por cuanto a las reglas de indemnización en caso de expropiación. Conforme a este capítulo el Estado Parte que realice la expropiación deberá pagar de la siguiente manera:

Una indemnización equivalente al justo valor de mercado prevaleciente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo. Para este caso los criterios de valuación implican el valor corriente del bien y el valor de los activos, incluyendo el valor catastral. En todo caso la valuación no debe reflejar una alteración de valor por causa del conocimiento anticipado de las intenciones de expropiar el bien;

El pago de la indemnización se hará sin demora y de manera efectiva;

Si el pago es realizado en una moneda del Grupo de los 7,<sup>106</sup> la compensación deberá incluir los intereses comerciales razonables desde el día de la expropiación hasta el momento del pago.

Cuando el pago se realiza en una moneda distinta a las del Grupo de los 7, la indemnización deberá convertirse, el día del pago, a la cotización que en el mercado tengan dichas monedas. Dicha indemnización no deberá ser menor a la que correspondería pagar el día de la expropiación, previa conversión. También en este caso, la compensación deberá incluir los intereses comerciales razonables desde el día en que la expropiación tuvo lugar.

Una vez realizado el pago de la indemnización, debe permitirse su libre transferencia.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Vázquez Pando y Ortiz, op. cit., pág. 101

<sup>105</sup> No frente al Derecho Internacional, en cuyo caso dicho trato es estándar, sino, como veremos más adelante, frente al resto de los poseedores de bienes en México que tienen la mala fortuna de ser considerados como mexicanos.

<sup>106</sup> Moneda del Grupo de los Siete es un término definido que abarca las monedas de Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Capítulo XI, artículo 1139).



Debe hacerse notar que una medida de aplicación general, no discriminatoria, no se considerará equivalente a la expropiación de deuda o un préstamo cubiertos por el Capítulo XI, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.<sup>107</sup>

Cabe adelantar que el régimen que reciben los Inversionistas extranjeros de un Estado Parte en caso de una expropiación dista mucho del régimen aplicable a los “Inversionistas” mexicanos respecto de sus propiedades en México. En 1993, el Presidente Salinas hizo varias reformas a la Ley de Expropiación con el objeto (fracasado) de equiparar las medidas del TLCAN con los señalamientos de esta ley. Más adelante discutiremos las cláusulas específicas de la Ley de Expropiación que se superan por este artículo del TLCAN.

Los Estados Parte podrán negar los beneficios que derivan de este capítulo a las sociedades inversionistas de un Estado Parte que sean controladas o propiedad de un Estado no parte, si no mantiene relaciones diplomáticas con ese Estado no Parte o ha adoptado o impuesto una medida en virtud de la cual se prohíban la realización de transacciones con dicho Estado no parte.

También, previa notificación y consultas, podrá negarse el Estado Parte a extender los beneficios de este capítulo a dicha empresa, cuando no realice negocios substanciales en su territorio.

Se establece la regla de origen en materia de inversiones, en términos similares a las señaladas por el capítulo de comercio transfronterizo, cuya aplicación también se extiende al capítulo de servicios financieros.

De esta forma, los beneficios que otorga el TLCAN en las materias antes mencionadas, podrán ser disfrutados, en general, por cualquier persona o empresa constituida conforme a las leyes de cualquiera de los tres países. Esto implica que aquellas empresas o instituciones financieras de otros países no signatarios, que cuenten con empresas subsidiarias establecidas en cualquiera de

---

<sup>107</sup>

Artículo 1109.

<sup>108</sup>

Artículo 1110 (8)..

los Estados Parte, podrán tener acceso a los beneficios del TLCAN, a través de tales empresas subsidiarias.

Cabe hacer notar que Canadá se reservó el derecho de negar tales beneficios a cualquier entidad que no esté controlada por personas de alguno de los países signatarios.

Las disposiciones referentes al trato nacional, trato de nación más favorecida, requerimientos de desempeño y órganos de dirección, no serán aplicables en el ámbito federal según se especifica en los Anexos I y III. En el ámbito estatal no son aplicables dichas disposiciones en los dos años siguientes a la entrada en vigor del tratado y con posterioridad se aplicarán las reservas que formulen los Estados Parte durante el período antes mencionado. Dichas disposiciones no son aplicables a nivel municipal o local. Cabe aclarar que las reservas formuladas podrán reformarse siempre y cuando no sean más restrictivas a las vigentes.

Las disposiciones de trato nacional, trato más favorable, requisitos de desempeño e integración de los órganos de dirección, no son aplicables respecto a ciertos sectores, subsectores o actividades como se especifica en el Anexo II. Sin embargo, no podrá obligarse a un inversionista de otra Parte, en razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida entre en vigor. Por otro lado, en el Anexo IV se establecen las reservas de los Estados Partes, en virtud de las cuales no se otorgará el tratamiento nacional con relación a los tratados y sectores que se especifican en el mismo.

Además se establece que las disposiciones referentes a trato nacional, trato más favorable y órganos de dirección, no se aplican a las compras del sector gubernamental, subsidios, subvenciones, préstamos, garantías y seguros otorgados por los Estados Parte y sus empresas.

Algunas de las reservas formuladas por México tienen por objeto excluir a modificar ciertas disposiciones que, de aplicarse, serían contrarias a nuestra Constitución. Así, se prohíbe a los extranjeros, las empresas extranjeras o las sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en la Zona Restringida, sin que ello

impida por parte de los extranjeros, la posibilidad de adquirir dichos inmuebles de forma indirecta a través de un fideicomiso.

De igual forma, se prohíbe cualquier participación extranjera en las actividades mencionadas en el Anexo III vinculadas con: Petróleo, otros hidrocarburos, petroquímica básica, electricidad, energía nuclear, tratamiento de minerales radioactivos, comunicaciones vía satélite, servicios de telégrafo, servicios de radiotelegrafía, servicios postales, ferrocarriles, emisión de billetes y acuñación de moneda, control y vigilancia de aeropuertos, helipuertos, puertos marítimos y terrestres.<sup>109</sup>

Se especifica que sólo las personas físicas de nacionalidades mexicanas y las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, podrán distribuir, transportar, almacenar o vender gas líquido de petróleo, instalar depósitos fijos y establecer u operar gasolineras.

También se aclara que sólo las personas físicas y morales mexicanas podrán ser propietarias de la tierra destinada a propósitos agrícolas, ganaderos o silvícolas, y que únicamente podrán los inversionistas de los Estados Parte adquirir las acciones de la serie "T", hasta en un 49%.

Ahora bien, México formuló una reserva relativa a la revisión de la inversión extranjera directa por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras<sup>110</sup>, en virtud de la cual, la CNIE seguirá revisando la inversión extranjera directa en los sectores restringidos mencionados en los Anexos.

Con relación a los sectores no restringidos, la CNIE únicamente revisará:

“la adquisición, directa o indirecta, realizada por un inversionista de otra Parte de más del 49 por ciento de la participación en una empresa establecida en México que sea propiedad o esté controlada, directa o indirectamente, por nacionales mexicanos dentro de un sector no

---

<sup>109</sup> Ver la parte C. del Anexo III en cuanto a la venta de activos de participación propia del Estado en las actividades reservadas al mismo.

<sup>110</sup> En adelante se identificará como "CNIE"

restringido, si el valor de los activos brutos de la empresa establecida en México no es inferior al monto del umbral (topes) aplicable.”

El tope aplicable a los inversionistas de Canadá y Estados Unidos será de \$25 millones de dólares estadounidenses en los primeros tres años a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado y aumentará cada tres años hasta un monto máximo de \$150 millones de dólares estadounidenses a partir del décimo año de la entrada en vigor del TLCAN, con ajustes anuales de los topes de acuerdo con la inflación.

Posteriormente, los umbrales serán ajustados anualmente de acuerdo a la tasa de crecimiento nominal del PIB de México (publicado por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática). Si los umbrales así establecidos, y una vez convertidos a dólares, resultan ser iguales o mayores de los establecidos por Canadá, se aplicarán las reglas de cálculo para los umbrales establecidas por Canadá, con lo cual los umbrales convertidos a dólares de los Estados Unidos de América, en ningún caso excederán a los aplicados por Canadá.

En los sectores restringidos, la CNIE autorizará las solicitudes presentadas tomando en cuenta los efectos sobre el empleo, la capacitación, el aporte tecnológico o, en general, su contribución en el incremento de la productividad industrial y de la compensatividad en México. Se prohíbe o limita la participación extranjera directa e indirecta en las empresas establecidas en México o que deseen establecerse dentro de dichos sectores de la siguiente manera:

Hasta un 49% en empresas que:

Se dediquen a la pesca en cualquiera de las zonas de jurisdicción nacional.

Posean o exploten sistemas de televisión por cable o que suministren dichos servicios.

Presten servicios educativos preescolares, primaria, secundaria, preparatoria, superior o normal, así como los prestados a obreros y campesinos.

Fabriquen explosivos artificiales, fuegos artificiales o que vendan y fabriquen armas de fuego, cartuchos y municiones. En dichas sociedades los extranjeros no podrán ser electos, ni elegir a los miembros del consejo de administración o a los órganos directivos.

Publiquen periódicos escritos destinados principalmente para el público mexicano, para ser distribuidos en la República Mexicana (se consideran periódicos aquellos que se publican por lo menos cinco días a la semana).

Se dediquen a la industria de autopartes registradas en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y que reúnan los requisitos básicos establecidos en el Anexo 300-A durante los primeros 5 años de vigencia del TLCAN; después, la participación extranjera podrá ser hasta del 100%.

Mayor del 49% con posibilidad de aumentarla hasta el 100%:

Servicios de videotexto y de conmutación de paquetes durante el primer año de vigencia del tratado; después podrá aumentar hasta en un 100%.

Previa aprobación de la CNIE, en las empresas dedicadas a la construcción incluidas en la clasificación industrial, durante los primeros cinco años de vigencia del tratado; con posterioridad aumentará hasta el 100% sin requerir de la aprobación de la CNIE.

Previa aprobación de la CNIE, en las empresas dedicadas a la extracción y explotación de todo tipo de mineral durante los primeros cinco años y posteriormente, se podrá aumentar hasta en un 100%.

En empresas que presten contratos de riesgo compartido (con excepción de los relacionados con trabajos de explotación y perforación de pozos de petróleo y gas, y la construcción de ductos para la transportación de petróleo), previa aprobación de la CNIE, la participación extranjera podrá ser mayor del 49%.

En empresas que presten servicios de transporte interurbano de pasajeros, de transporte turístico o de transporte de carga internacional dentro del territorio mexicano, la inversión extranjera aumentará de un 49% a los tres años de la entrada en vigor del tratado, a un 51% a los siete, hasta un 100% en el décimo año.

Previa autorización de la CNIE, en las empresas que pesquen en alta mar, la participación extranjera podrá ser mayor del 49%.

Previa autorización de la CNIE, la inversión extranjera podrá ser de más del 49% en las empresas destinadas a la operación de embarcaciones abanderadas en el extranjero que proporcionen servicios de transporte marítimo internacional y en las empresas que presten a terceras personas los servicios de operación y mantenimiento de muelles, carga y descarga de embarcaciones, manejo de carga marítima, operación y mantenimiento de embarcaderos, limpieza de embarcaciones, estiba, transferencia de carga entre embarcaciones y camiones, trenes, ductos y muelles y operaciones portuarias.

Empresas dedicadas a la construcción, operación de aeropuertos o helipuertos y a la prestación de servicios de navegación aérea, más del 49%, previa autorización de la CNIE.

En porcentajes distintos a los mencionados:

Hasta un 25% en empresas que presten servicios aéreos comerciales y servicios aéreos especializados en aeronaves con matrícula mexicana (se establecen reglas específicas en cuanto a la integración de los órganos de administración de dichas empresas y en lo relativo al nombramiento del presidente y altos cargos directivos).

Las sociedades cooperativas de producción mexicana, únicamente el 10% de sus miembros podrá ser de nacionalidad extranjera, los extranjeros no podrán desempeñar cargos de dirección o de administración.

En las empresas que califiquen como proveedores nacionales (empresas registradas ante SECOFI y que reúnen los requisitos del Anexo 300A) y las empresas de la industria de autopartes que no se registren ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial con el fin de beneficiarse del Decreto Automotriz, la participación extranjera podrá ser hasta del 100%.

Después de transcurrir el período de transición de 5 años, las empresas no registradas podrán calificar para obtener su registro como proveedor nacional o empresa de la industria de autopartes, cuando reúnan los requisitos establecidos en el Anexo 330-A.2 y con ello beneficiarse del Decreto Automotriz y mantener una participación extranjera del 100%.

En empresas que presten cualquier servicio mejorado o de valor agregado<sup>111</sup> y las que se dediquen a la impresión o distribución de un periódico que se publique de manera simultánea fuera del territorio de México, la inversión extranjera podrá ser hasta de un 100%.

No habrá participación extranjera en las agencias aduanales y en las siguientes empresas:

La microindustrial.

Las dedicadas al establecimiento u operación de estaciones o terminales de camiones o autobuses y las que proporcionen el servicio de transporte urbano y suburbano de pasajeros de autobús, servicios de autobús escolar, de taxi, ruleteo, y otros servicios de transporte colectivo.

Empresas que presten el servicio de carga doméstica.

Empresas propietarias de embarcaciones registradas y abanderadas como mexicanas.

Se prohíbe la inversión extranjera directa e indirecta de gobiernos extranjeros y de sus empresas, en empresas que proporcionen los servicios relacionados con las comunicaciones, el transporte, la radio y televisión y otras vías generales de comunicación.

En relación con los requisitos de desempeño México formuló las siguientes reservas:

Las ventas en el mercado doméstico de las empresas maquiladoras, no podrán ser mayores de un porcentaje de sus exportaciones en el año anterior. Dichos porcentajes van aumentando a partir del primer año de la entrada en vigor del tratado de un 60% hasta un 85% en el sexto. A partir del séptimo año las ventas domésticas de dichas maquiladoras no estarán sujetas a ningún requisito de porcentaje.

Las empresas altamente exportadoras directas deberán exportar un mínimo del 40% de sus ventas totales o \$2,000,000 dólares y las indirectas por lo menos el 50% de sus ventas totales.<sup>112</sup> A partir del séptimo año de la entrada en vigor del tratado no estarán sujetas dichas empresas a los porcentajes mencionados.

Se continuará aplicando durante los primeros seis años de vigencia del TLCAN, el Programa de Importación Temporal para Producir Artículos de Exportación que establece los porcentajes de exportación aplicables a las personas autorizadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para importar ciertos artículos libres de impuestos.

Las reservas y excepciones mencionadas son contempladas en los Anexos I y III, nos resta referirnos a las formuladas en los Anexos II y IV.

En el Anexo II México se reserva el derecho de adoptar o mantener las siguientes medida que pudieran ser contrarias al TLCAN:

Las que restrinjan la adquisición, venta u otra forma de disposición de los bonos, pagarés de tesorería o cualquier otra clase de valores de deuda emitidos por el Gobierno Federal, Estatal o Local, excepto las adquisiciones de las instituciones financieras en las que participen las otras Partes de acuerdo al Capítulo de Servicios Financieros.

---

<sup>111</sup> Definidas al final del Capítulo XIII.

<sup>112</sup> Dichas empresas son definidas en el Decreto para el Fomento y Operación de las Empresas Altamente Exportadoras (Decreto ALTEX) y deben ser autorizadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para operar conforme a dicho decreto.



Las vinculadas con la inversión y prestación de los servicios de:

Radiodifusión, sistemas de distribución de multipunto, música continua y televisión de alta definición (excepto la producción, venta o derechos de programas de radio o televisión).

Control de tránsito aéreo, meteorología aeronáutica, despacho y control de vuelos, y otros servicios de telecomunicación, relacionados con los servicios de navegación aérea.

Redes y servicios de telecomunicaciones.

Servicios legales y servicios de consultoría legal extranjera por nacionales o residentes de los Estados Unidos.

Las relacionadas con la aplicación de una ley de orden público, los servicios correccionales y los siguientes servicios en la medida que sean servicios sociales que se establezcan o mantengan en razón de un interés público; pensiones, seguro de desempleo, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y atención infantil.

En relación con el Anexo IV, México no se obliga a aplicar la Cláusula de la Nación más Favorecida en relación con los tratados en vigor o firmados después de la vigencia del TLCAN en las siguientes materias: transporte aéreo, pesca, asuntos marítimos (incluyendo salvamento), redes de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones (con excepción de las medidas adoptadas o mantenidas de acuerdo al Capítulo XIII del TLCAN y las referentes a la producción, venta o derechos de programación de radio o televisión), los acuerdos internacionales vinculados con la legislación estatal aún no descritos en el Anexo I y los tratados que establezcan programas de cooperación internacional para promover el desarrollo económico.

El mecanismo que se establece asegura a los inversionistas de los Estados Parte un debido proceso, ante un tribunal imparcial y de acuerdo al principio de derecho internacional de reciprocidad.

Los inversionistas de los Estados Parte podrán someter su demanda a arbitraje a nombre propio o bien a nombre de la empresa de la cual son inversionistas y que controlen directa o indirectamente, por violaciones a las disposiciones del capítulo de inversión, o bien por violación al artículo 1502, párrafo 3, inciso a) (monopolios y empresas de Estado), y al artículo 1503, inciso 2) (empresas del Estado), cuando dichas violaciones estén vinculadas con el capítulo de inversiones. Dichas violaciones deberán ocasionar una pérdida o daño.

Cuando dos o más reclamaciones sean sometidas a arbitraje y se encuentren vinculadas, éstas deberán resolverse en forma conjunta de acuerdo a lo establecido por el artículo 1126, a menos que el Tribunal determine que los intereses de alguna de las partes en conflicto puedan ser perjudicados.

La acción caducará si después de los tres años siguientes de que el inversionista tuvo conocimiento o debería tener conocimiento de la violación no se presenta la demanda.

Las partes en conflicto tratarán de resolverlo en primer término, a través de consultas y negociaciones. Por tal motivo, el inversionista afectado deberá notificar al Estado Parte, noventa días antes de que presente su demanda, su intención de acudir al procedimiento arbitral. En dicha notificación deberá especificarse nombre y dirección del inversionista, las disposiciones que han sido violadas, los hechos base de su reclamación y una aproximación de la cantidad que se reclama por daños.

Después de haber transcurrido seis meses desde que surgieron los hechos motivos de la demanda, el inversionista afectado podrá recurrir al procedimiento de arbitraje, pudiendo optar entre las normas del CIADI (Convenio Sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados) cuando ambas partes sean Parte de la Convención, a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI cuando cualquiera de las partes sea Parte de la Convención del CIADI y a las Reglas de arbitraje del CNUDMI (Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional).

Dichas normas regularán el procedimiento arbitral, salvo que en el subcapítulo B del capítulo de inversiones, se establezca una norma diferente.

Antes de iniciar el procedimiento de arbitraje, el inversionista deberá aceptar las normas del subcapítulo B y renunciar a iniciar o continuar los recursos de derecho interno, salvo lo relacionado con medidas precautorias.

El consentimiento antes mencionado y la renuncia a agotar los recursos internos deberá ser en forma escrita y deberá entregarse al Estado Parte contra el cual se presenta la demanda, además de incluirse en la solicitud de arbitraje.

De igual forma, el consentimiento deberá ser acorde con el Capítulo II del CIADI y las Reglas del Mecanismo Complementario, Artículo II de la Convención de Nueva York (Convención de Naciones Unidas Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras) y el Capítulo I de la Convención Interamericana (Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional).

El Tribunal arbitral deberá estar integrado de tres árbitros, a menos que las partes acuerden una integración diferente, los cuales serán elegidos uno por cada una de las partes y el tercero por común acuerdo entre las partes, el cual fungirá como presidente del Tribunal.

Si el Tribunal no se integra a los 90 días de haberse sometido la reclamación a arbitraje, a petición de cualquiera de las partes en conflicto, el Secretario General del CIADI nombrará a discreción a los árbitros no elegidos y al presidente del Tribunal lo elegirá con base a la lista de árbitros formulada por los Estados Parte, dicho presidente no podrá ser de la nacionalidad de ninguna de las partes en conflicto.

En caso de que el presidente elegido no esté disponible lo designará el Secretario General del CIADI, del panel de árbitros de dicho órgano, y no deberá tener la nacionalidad de las partes en conflicto.

Ahora bien, si las partes se someten a las normas del CIADI o las Reglas del Mecanismo Complementario, los árbitros se podrán elegir de acuerdo a dichas normas, sin perjuicio de poder objetar el nombramiento de un árbitro conforme a lo establecido en el artículo 1124 párrafo 3.

En este último supuesto la parte contendiente deberá aceptar la designación hecha de acuerdo a las normas antes mencionadas y el inversionista deberá aceptar en forma escrita la designación de cada uno de los miembros del Tribunal.

Posteriormente, el Estado Parte en conflicto deberá notificar a los otros Estados Parte la reclamación presentada (a más tardar 30 días después de la fecha en que se sometió la reclamación a arbitraje) y deberá entregar copias de todas las comunicaciones presentadas en el procedimiento.

A través de una notificación escrita a las partes en conflicto, los Estados Parte del tratado podrán presentar al Tribunal comunicaciones escritas sobre una cuestión vinculada con la interpretación del TLCAN. También los Estados Parte, a su costa, podrán solicitar a la parte en conflicto copias de las comunicaciones escritas presentadas y de las pruebas ofrecidas.

A menos que las partes en conflicto determinen una intención diferente, el procedimiento arbitral tendrá lugar en el territorio de la Parte que sea Parte de la Convención de Nueva York elegido de acuerdo a las normas aplicables al caso concreto (Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, el Convenio del CIADI o las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL).

En lo referente al derecho aplicable, se resolverá el conflicto de acuerdo con TLCAN y otras normas de derecho internacional aplicables.

Cualquier interpretación del tratado que formule la Comisión será obligatoria para dicho Tribunal. Además, si se presenta alguna duda con relación a la interpretación de los Anexos, el Tribunal deberá solicitar a la Comisión de la interpretación de los Anexos, el Tribunal deberá solicitar a la Comisión de Libre Comercio una opinión, la cual deberá emitirse en el término de 60 días.

Si la opinión de la Comisión coincide con la interpretación del Tribunal, ésta será obligatoria para el Tribunal. En el supuesto de que la opinión dada por la Comisión no sea coincidente o bien no se presente dentro del término de los 60 días, el Tribunal deberá resolver la interpretación que debe atribuirse a los Anexos.

El Tribunal, a petición de la parte contendiente o bien por decisión propia (a menos que las partes contendientes no lo acepten), podrá elegir uno o más expertos, con la finalidad de que se rinda un dictamen relativo a cuestiones ambientales, salud, seguridad u otras cuestiones científicas vinculadas con el procedimiento, de acuerdo a las condiciones que establezcan las partes en conflicto. La elección de dichos expertos por el Tribunal, no impide que conforme a las normas que regulan el procedimiento arbitral seleccionado se puedan elegir otra clase de expertos.

Por otra parte, el Tribunal podrá adoptar las medidas provisionales que considere necesarias para la debida preservación de los derechos de las partes en conflicto o para asegurar que la jurisdicción del Tribunal surta plenos efectos.

Cuando el laudo sea desfavorable para una de las partes contendientes, únicamente versará sobre el pago de los daños pecuniarios más los intereses aplicables, o bien en la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo establecerá que la parte condenada podrá pagar los daños pecuniarios, más los intereses aplicables en lugar de la restitución.

El laudo definitivo es obligatorio únicamente para las partes contendientes y podrá solicitarse su ejecución, si:

Han transcurrido 120 días y no se ha solicitado su revisión o anulación, o bien han concluido los procedimientos de revisión y anulación en el caso de haberse seguido el procedimiento del CIADI.

Han transcurrido 3 meses y ninguna de las partes inicia un procedimiento de revisión o anulación o bien se ha desechado cualquier procedimiento de reconsideración, desechamiento o anulación, cuando se someta a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o a las Reglas del Arbitraje de CNUDMI.

Las Partes deberán disponer la debida ejecución de un laudo definitivo. Si no se acata el laudo o se incumple, la Comisión de Libre Comercio integrará un panel conforme al artículo 2008, con el fin de que determine que el incumplimiento del laudo constituye una violación de las obligaciones del TLCAN y se emita una recomendación para su cumplimiento. Lo cual no impedirá que el inversionista afectado pueda recurrir, según sea el caso, a la ejecución del laudo conforme a lo establecido en el Convenio del CIADI, en la Convención de Nueva York o en la Convención Interamericana.

Tomando en cuenta la extensísima definición de “Inversionista” y de “Inversión”, con este mecanismo una empresa extranjera, en virtud de esta sección, tendría mayores derechos que una empresa mexicana con cláusula de exclusión de extranjeros o que no cuente con “Inversión” de un Estado Parte distinto del Estado anfitrión, al tener la opción de recurrir a la justicia local o sacar el asunto de los tribunales mexicanos y llevarlo ante árbitros internacionales que aplicarán el TLCAN y el derecho internacional y no el derecho mexicano.<sup>113</sup> De igual opinión y con mayor razón seríamos si estamos ante un auténtico “Inversionista” de un Estado Parte respecto de una auténtica “Inversión” en México ya que de acuerdo con los términos del TLCAN, este Inversionista tiene la opción de resolver cualquier conflicto que surja relacionado con su inversión en México ante los tribunales que al efecto se establecen en las leyes Mexicanas (y que se describirán más adelante) o de acudir ante un panel arbitral a ventilar el negocio.

Finalmente cabe mencionar las exclusiones y reservas formuladas.

Por lo que se refiere a las exclusiones, no se aplicarán los mecanismos de la Sección B, del Capítulo XI, en los siguientes casos:

A una medida adoptada por una Parte con base al artículo 2102 “seguridad nacional” en virtud de la cual se prohíba o restrinja la adquisición de una inversión en el territorio de una Parte;

Las decisiones de la CNIE de México referentes a las revisiones a que quedan sujetas las empresas de un sector no restringido que deseen aumentar la participación extranjera de los Estados Parte a más de un 49%, conforme a los umbrales aplicables a los distintos períodos; y

Las decisiones de Canadá que resulten del proceso de revisión de una inversión conforme a su “Investment Act”.

Cabe precisar que las resoluciones previstas en los incisos 2 y 3 tampoco quedarán sujetas al mecanismo de solución de controversias de la Sección B del Capítulo XX.

En cuanto a las reservas, México formuló la siguiente en el Anexo 1120.1:

Respecto al sometimiento de la reclamación al arbitraje:

un inversionista de otro Estado Parte no podrá alegar que México ha violado una obligación establecida en:

la Sección A o en el Artículo 1503 (2), (“Empresas del Estado”), o

el Artículo 1502 (3) (a), (“Monopolios y empresas del Estado”), cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones del Estado Parte de conformidad con la Sección A, tanto en un procedimiento arbitral conforme a esta sección, como en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano; y

---

<sup>113</sup> Pérez Miranda, op. cit., pág. 451

cuando una empresa mexicana que sea una persona moral propiedad de un inversionista de otro Estado Parte o que esté bajo su control directo o indirecto, alegue en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano, que México ha violado presuntamente una obligación establecida en:

- (a) La sección A o el artículo 1503 (2), (“Empresas del Estado”), o
- (b) el artículo 1502 (3) (a), (“Monopolios y Empresas del Estado”); cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones del Estado Parte de conformidad con la Sección A, el inversionista no podrá alegar la presunta violación en un procedimiento arbitral conforme a esta sección.

Una lectura superficial de esta reserva nos llevaría a la conclusión de que un Inversionista de un Estado Parte no podría acudir ante un tribunal arbitral en contra de México de acuerdo con la Sección B, ya que la totalidad de la Sección A del Capítulo XI, que contempla las disposiciones sustantivas generales en materia de inversión, quedaría excluida, dejando por lo tanto sin materia cualquier procedimiento de arbitraje. A pesar de la triste redacción de esta reserva, ningún autor de los consultados, salvo los licenciados Vázquez Pando y Loreta Ortiz, en su multicitada obra, hacen señalamiento alguno al respecto. Sin embargo, no hace falta más que una acertada interpretación, misma que aceptamos plenamente y que a la letra dice:

“... parece ser que el sentido de la misma [la reserva 1121 A por parte de México] es negar a las personas físicas de las Partes el acceso a los procedimientos de arbitraje (Sección B del Capítulo XI) y a los mecanismos internos, únicamente cuando las medidas objeto de la controversia en materia de inversiones se encuentran vinculadas con los artículos 1502 párrafo 3 (Monopolios y empresas de Estado) y el artículo 1503, párrafo 2 (Empresas de Estado). Cuando se trate de una persona moral propiedad de un inversionista de la otra Parte o bajo su control directo o indirecto, las controversias antes mencionadas sólo podrán someterse a los mecanismos de carácter interno.”



Esto mismo se puede inferir de los casos ya propuestos y resueltos por un Tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada del Capítulo XI.

### III. LA GARANTIA DE IGUALDAD

Comenzaremos este capítulo estableciendo de manera general una definición de las garantías individuales e intentaremos determinar su naturaleza. Luego procederemos a establecer las características de la garantía individual denominada “de igualdad” y específicamente de su principio derivado, la igualdad ante la ley, para finalmente tratar el asunto concreto de la posible desigualdad injustificada del Capítulo XI del TLCAN.

#### A. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Semánticamente la palabra garantía proviene del término anglosajón, “warranty”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar.<sup>114</sup> Palabra de amplia significación, fundamentalmente en el derecho privado, y que tuvo su recepción a mediados del siglo XIX en el derecho público gracias al derecho francés.<sup>115</sup> A pesar de que la acepción exacta de la palabra garantía en lo que se refiere al derecho público no se ha podido establecer definitivamente, se puede considerar que en términos generales son “garantías” ciertas instituciones establecidas en la regulación superior o constitucional que hace imposible (o complica de forma considerable) su supresión por la vía legislativa ordinaria.

En este sentido podemos dilucidar que las denominadas garantías individuales, se distinguen de las demás garantías que implican todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, en que aquellas se entienden como derechos del gobernado frente al poder público. Es decir se refieren concretamente a la relación jurídica de supra a subordinación<sup>116</sup> y de la que surge el llamado “derecho público subjetivo” del gobernado y que equivale en cierta forma, al “droit de l’homme” de la Declaración francesa de 1789.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales, 30ª ed., México D.F., Porrúa, 1998, pág. 161.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pág. 162.

<sup>116</sup> Para una mayor descripción de las relaciones jurídicas referirse al pie de página No. 19.

De tal suerte que las garantías individuales son la manera que el derecho mexicano establece para salvaguardar ciertos derechos, en este caso estamos hablando de los denominados derechos humanos, o algunos de ellos. O dicho de otro modo, son el medio formulado en la Constitución mexicana para asegurar el goce de aquellos derechos considerados como fundamentales.<sup>118</sup>

No debe confundirse el medio con el que un derecho determinado se vela o garantiza con el derecho mismo. Mientras que los derechos del hombre constituyen una categoría abstracta y genérica, la garantía constituye la medida individualizada y concreta con que la Constitución protege a cada uno de estos derechos.<sup>119</sup> Este concepto se aterriza con el siguiente axioma; no es lo mismo el elemento que garantiza (en este caso la garantía constitucional) que la materia garantizada (el derecho humano).<sup>120</sup>

El capítulo primero de la Constitución que comprende 29 artículos, se refiere a los derechos fundamentales, por más que existan dispersos algunos de estos derechos en los demás artículos de la Constitución.<sup>121</sup> En esta parte dogmática se señalan una serie de derechos del hombre necesarios e indispensables para la protección del individuo (en sentido lato) frente al Estado, dentro de los cuáles encontramos a las garantías de legalidad, de igualdad, etc.<sup>122</sup> Estos derechos del hombre, como requisitos *sine qua non* para lograr el bien común, son protegidos a través del mecanismo de la garantía individual, y por lo tanto son la base y el objeto de las instituciones sociales,<sup>123</sup> y parte de las decisiones fundamentales<sup>124</sup> que debe contener toda Constitución.<sup>125</sup>

---

<sup>117</sup> Ibidem. pág. 165. A pesar de que esta distinción no cumple todas las expectativas en lo referente al concepto de las garantías individuales, la distinción establecida por el maestro Burgoa sintetiza adecuadamente las diversas posturas y satisface los requisitos que este trabajo precisa.

<sup>118</sup> Fix Fierro, Héctor, "Comentario al artículo 1 de la Constitución." en AAVV, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. Cámara de Diputados, México D.F., Miguel Angel Porrúa, 1996, tomo I, pág. 6.

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> Burgoa, op. cit., pág. 165.

<sup>121</sup> Así se denomina la doctrina mexicana a los primeros 29 artículos de la misma, en los cuales se contempla la Declaración Mexicana de los Derechos del Hombre (Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, 28ª ed., México D.F., Porrúa, 1994, pág. 23). La parte dogmática de la Constitución (a diferencia de la parte orgánica) comprende un conjunto de normas que se refieren a los derechos fundamentales del hombre, mientras que al parte orgánica abarca la organización y actividades del Estado (Sayeg Helú, Jorge. Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano, México D.F., Porrúa, 1987, pág. 21).

<sup>122</sup> Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado, 27ª ed., México D.F., Porrúa, 1994, pág. 448

<sup>123</sup> Así lo dispuso el artículo 1 de la Constitución de 1857, antecedente numérico (no así conceptual) del artículo 1 de nuestra Constitución de 1917. "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las autoridades del país deben

Por esta razón, los derechos público subjetivos, cuyo titular es todo gobernado, se instituyen en el ordenamiento fundamental o básico del orden jurídico estatal, es decir, la Constitución.<sup>126</sup> Siendo nuestra Constitución la fuente de las garantías individuales (no, desde luego, de los derechos humanos), es lógico y evidente que éstas gozan de los principios esenciales que caracterizan a este cuerpo normativo frente a las legislaciones y órganos estatales tales como el principio de supremacía constitucional estipulado en el artículo 133,<sup>127</sup> el principio de rigidez constitucional plasmado en el artículo 135,<sup>128</sup> y el principio de inviolabilidad de la Constitución, cristalizado en el artículo 136,<sup>129</sup> todos artículos de la Constitución.

Las garantías individuales constituyen un coto a la acción del poder público, al actuar del Estado, y al ejercicio, por parte de los servidores públicos, de las funciones y soberanía del Estado.<sup>130</sup> La acción gubernamental en el derecho político mexicano encuentra dos clases de limitaciones: una

---

respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución". (Debates del Congreso Constituyente de 1916. 10ª sesión ordinaria celebrada la tarde del martes 12 de diciembre de 1916) En *Leyes Fundamentales de México (1808-1997)* Dirección de Efemérides de Felipe Tena Ramírez, 20ª ed., actualizada, México D.F., Porrúa, 1997, pág. 606.

<sup>124</sup> Las decisiones fundamentales son aquellos principios o decisiones que son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política y sobre ellas descansan todas las demás normas del orden jurídico. Son los principios rectores del orden jurídico, la esencia misma de ese derecho. (Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*, 3ª ed., México D.F., Porrúa, 1991, pág. 298) Asimismo sobre los puntos principales del debate entre la existencia de estos principios fundamentales ver (Tena Ramírez, op. cit., págs. 47 y ss.) A propósito y con excelente lucidez, el maestro Tena Ramírez señala que la imposibilidad de revisión (de los actos de autoridad) está relacionada estrechamente con la posibilidad de revolución.

<sup>125</sup> Carpizo, op. cit., pág. 298-299.

<sup>126</sup> Burgoa, , op. cit., pág. 186.

<sup>127</sup> Que significa que las disposiciones de rango constitucional "tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria". (Burgoa, op. cit., pág. 187).

<sup>128</sup> Este principio sostiene que las disposiciones de jerarquía constitucional "no pueden ser modificadas o reformadas por el poder legislativo ordinario (el Congreso de la Unión), sino por un poder extraordinario integrado en los términos del artículo 135 constitucional." (Burgoa, op. cit., pág. 188).

<sup>129</sup> Se afirma que la Constitución es inviolable porque sólo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio del poder constituyente cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teológico de su soberanía. El concepto de "inviolabilidad" debe entenderse como la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, ya que de hecho la Constitución es susceptible de infringirse por un sin fin de actos del poder público que la Constitución misma prevé. Para ello toda Constitución provee a su autodefensa instituyendo sistemas de control de diversos tipos; en México el control de la constitucionalidad se ejerce preponderantemente a través del juicio de amparo. (Burgoa. *Derecho Constitucional Mexicano*, 8ª ed., México D.F., Porrúa, 1992, pág. 386).

<sup>130</sup> Burgoa. *Garantías Individuales*, op. cit., pág. 187.

que emana de la organización de la soberanía nacional y otra que emana de la organización de los derechos individuales.<sup>131</sup>

Los derechos públicos subjetivos resguardados por las garantías individuales constituyen una esfera infranqueable en la relación de supra-subordinación<sup>132</sup> que existe entre el gobernado por un lado, y la autoridad por el otro.

Para estos efectos en nuestro derecho se entiende por gobernado a todo sujeto que es susceptible de ser afectado en su esfera jurídica por actos de autoridad. De ahí que en la doctrina se incluya como gobernados a las personas físicas, a las personas morales de derecho privado, a las entidades de derecho social, a las empresas de participación estatal, incluso mayoritaria, a los organismos descentralizados y, en ciertos casos y frente a otros órganos del Estado, a órganos de la administración pública centralizada.<sup>133</sup>

Dentro de esta relación jurídica encontramos una serie de derechos y obligaciones recíprocos que constituyen el objeto mismo de la garantía individual que se despliega en una doble vertiente. Por un lado, el derecho público subjetivo cuyo titular es el particular como sujeto activo. Por el

---

<sup>131</sup> Campillo. op. cit., pág. 70.

<sup>132</sup> En la vida de cualquier estado o sociedad existen tres tipos de relaciones, mismas que son a saber: (a) las relaciones de coordinación, (b) las de supra ordinación, y (c) las de supra a subordinación. Las relaciones de coordinación son aquellas en las que dos o más sujetos físicos o morales interactúan en su condición de gobernados. Las relaciones de supra ordinación son aquellas que se entablan entre los diferentes órganos de poder o gobierno de un estado, están reguladas por el derecho administrativo y constitucional. Las relaciones de supra a subordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva, v.g., surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano o posición, o sea, entre el Estado como persona jurídico/política y sus órganos de autoridad por un lado, y el gobernado por el otro. En estas relaciones la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan, frente al gobernado, la actividad soberana o de gobierno a través de actos autoritarios los cuales cuentan con los siguientes atributos esenciales: la unilateralidad (Entendiendo la unilateralidad como la falta de necesidad de que concurra la voluntad del particular a l que va dirigido el acto para la existencia del mismo), la imperatividad (ya que se impone contra y sobre la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza), y la coercitividad (en virtud de que si no se acata por rebeldía u oposición de la persona contra quien se pretenda ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública, en detrimento de ella) (Burgoa. *Garantías Individuales*, op. cit., pág. 166-167). Las relaciones de supra a subordinación son aquellas que se entablan entre gobernantes y gobernados. En estas relaciones de supra a subordinación, en virtud de sus atributos de unilateralidad, imperatividad y coercitividad anteriormente explicados, el Estado, en respeto a los derechos humanos elementales de los gobernados, ha establecido una serie de principios que deben observarse por toda autoridad en aras de que no incurra en actos arbitrarios e injustos en detrimento del gobernado. Para la consecución de lo anterior, el derecho público ha establecido un cauce normativo por donde debe desarrollarse la conducta o actividad de los órganos del estado en ejercicio del poder público o de la función imperativa o de autoridad. (Burgoa, op. cit., pág. 170).

<sup>133</sup> Burgoa, op. cit., pág. 170.

otro, encontramos la obligación correlativa a cargo del Estado y sus órganos como autoridades con el carácter de sujeto pasivo. En este caso, su obligación se encuadra en respetar y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica de este mismo derecho subjetivo público.<sup>134</sup> Este derecho en favor del gobernado y la obligación correlativa a cargo de las autoridades estatales y por que no, del mismo Estado, existen unilateralmente.<sup>135</sup>

A pesar de existir dentro de una relación jurídica, como se señaló anteriormente, las garantías individuales no causan derechos u obligaciones recíprocas para las partes, ya que su índole genuina, primaria y propia (características de la unilateralidad) en que se revela la garantía individual equivale a la peculiar circunstancia de que estos derechos (públicos subjetivos) sólo se generan para el sujeto activo, el gobernado, y las obligaciones exclusivamente para el pasivo, el Estado y sus órganos.<sup>136</sup> Este cauce, estos principios, son las garantías individuales, las cuales no son más que el medio por el cual se salvaguardan las prerrogativas fundamentales que el ser humano requiere para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público<sup>137</sup>.

Esto significa que el Estado no puede validamente eludir su obligación de respetar a los gobernados en su esfera jurídica, debiendo acatar todos los señalamientos constitucionales referentes a sus garantías individuales. De tal suerte que al momento en que el Estado, a través de sus órganos, viole una o más de las garantías individuales de sus gobernados, éstos tienen una acción, que llamaremos acción de amparo, expedita a interponer en su contra. Esta acción de amparo de resultar procedente y, de verificarse efectivamente una violación por parte del Estado, (a través de sus órganos) de las garantías individuales de ese gobernado en específico, tiene como consecuencia dejar sin efecto legal alguno los actos violatorios. Como resultado de lo anterior y con las salvedades que se señalarán más adelante en esta tesis, para efectos estrictamente legales, aquellos actos ordenados o ejecutados por una autoridad estatal que resulten violatorios de las garantías individuales de un gobernado no tienen efecto legal alguno.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Burgoa, op. cit., pág. 187.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pág. 183.

<sup>136</sup> *Ibidem*, pág. 183-184.

<sup>137</sup> Campillo, op. cit., pág. 69.

<sup>138</sup> Burgoa, op. cit., pág. 180.

Como recapitulación de este breve pero útil análisis del concepto y alcance de las garantías individuales, podemos decir que éstas no son sino los derechos de carácter político-jurídico, base de un sistema constitucional individualista. O dicho de otra manera, son ofertas hechas al individuo por el poder constituyente en el sentido de que las autoridades y leyes de su creación habrán de respetar determinados derechos que ellas no deben sino reconocer; puesto que ya los tiene. Esta oferta se extiende desde luego a las autoridades y leyes secundarias, ya que éstas deben solo acatar la Constitución y limitarse a respetar estos derechos fundamentales.<sup>139</sup>

Existen tantas clasificaciones de las garantías individuales como autores han hablado de ellas,<sup>140</sup> sin embargo ya que nuestro objeto de estudio se limita básicamente a la garantía de igualdad, utilizaremos una clasificación referente a su contenido que las divide en cuatro grupos que son, a saber: (a) Garantías de Igualdad; (b) Garantías de Libertad; (c) Garantías de Propiedad; y, (d) Garantías de Seguridad.<sup>141</sup>

Por razones de precisión y enfoque, consideramos que una discusión aunque fuese somerísima de los otros tres tipos de garantías individuales en el derecho positivo mexicano resultaría, además de impertinente, profundamente tediosa para cualquier lector (aunque éste sea solamente hipotético). De modo que pasaremos directamente a tratar los diversos aspectos de la garantía de igualdad.

Comenzaremos por establecer los alcances de la garantía de igualdad en el derecho constitucional mexicano, y continuaremos haciendo una exposición de la validez de esta garantía, separándola definitivamente del principio de legalidad. Terminaremos por establecer la igualdad objetiva que existe entre un inversionista de Estados Unidos de América, uno del Canadá y un inversionista mexicano.

---

<sup>139</sup> Campillo, op. cit., pág. 69.

<sup>140</sup> Para ejemplos de diferentes clasificaciones; (i) Castro, Juventino V. Garantías y Amparo, 10ª ed. México D.F., Porrúa, 1998, pág. 194; (ii) Hauriou, André; Gicquel, Jean; y Gélard, Patrice. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Biblioteca de Ciencia Política, Colección Demos, 2ª ed. Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1980, págs. 224-228; y (iii) Burgoa, op. cit., pág. 192-194.

## B. IGUALDAD ANTE LA LEY

Jurídicamente la igualdad se traduce en que un número indeterminado de personas que se encuentran en una determinada situación tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de esa situación específica. Desde un punto de vista jurídico se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente indeterminadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivados de esa situación específica.<sup>142</sup> De modo que solamente se puede hablar de igualdad si nos referimos a casos concretos y solo haciendo referencia en la comparación a esos sujetos ubicados en la misma situación.

Por exclusión, no puede entablarse una relación igualitaria entre la posición concreta que guarde una persona colocada en una situación jurídica determinada, con la que tiene un individuo perteneciente a un estado de derecho particular diferente. El criterio que sirve de base es, pues, la situación de derecho determinada en que dos o más personas se hallen.<sup>143</sup> A manera de ejemplo existe una misma situación jurídica entre dos comerciantes solamente en cuanto a las relaciones derivadas de su calidad como comerciantes, sin hacer referencia al comercio específico que ejerce cada uno que, desde luego, puede estar sujeto a normatividad distinta. Del mismo modo, entre estos mismos comerciantes no hay una relación de igualdad en otras áreas de su vida jurídica ya que su situación específica puede ser muy distinta.

Y así sucesivamente, toda persona, según la índole de las relaciones jurídicas que haya entablado o con la que se haya formado, goza de diferentes situaciones de derecho determinadas (como patrón, trabajador, contribuyente, etc.). Podemos afirmar, en consecuencia, que la persona jurídica, en su aspecto integral y completo de derecho, es susceptible de colocarse en tantas situaciones jurídicas determinadas como relaciones o actos pueda entablar o realizar.<sup>144</sup> En vista de esta multiplicidad de situaciones de derecho determinadas, cada sujeto puede ser objeto de una estimación igualitaria también variada, formulada en atención a los demás sujetos que estén

---

<sup>141</sup> Burgoa, op. cit., pág. 192-194.

<sup>142</sup> *Ibidem*, pág. 251.

<sup>143</sup> *Ibidem*, pág. 252.

<sup>144</sup> *Ibidem*, 252.



colocados en un parecido estado. Es de entenderse por lo tanto, que solamente existe una relación de igualdad cuando dos sujetos se encuentran en la misma situación jurídica concreta y solamente en lo que respecta al cúmulo de derechos y obligaciones derivadas de esa situación.

Ahora bien, la ley, como norma jurídica general y abstracta tiene un ámbito regulatorio de aplicación específica de acuerdo con su materia, contenido, sujetos obligados, etc. Este ámbito regulatorio debe referirse necesariamente a un grupo de personas indeterminadas que se encuentran en la misma hipótesis normativa ya sea que se encuentren en una determinada situación jurídica (comerciante - comerciante) o en dos estados de derechos correlativos (patrón - trabajador). Pues bien, la igualdad jurídica existe cuando un ordenamiento impone los mismos derechos y las mismas obligaciones a todos los sujetos colocados en la misma situación jurídica por él regulada.

Por consiguiente, la igualdad se refiere a la calidad o naturaleza de los derechos y obligaciones propios de un estado jurídico específico, la proporcionalidad, que supone siempre la igualdad, implica la fijación de derechos y obligaciones para una persona desde un punto de vista cuantitativo.<sup>145</sup> Cabe pensar por lo tanto que un sujeto que se encuentra dentro de una situación jurídica determinada, digamos ser propietario de un inmueble, debe tener en lo estrictamente relacionado con su calidad de propietario de un inmueble, los mismos derechos y obligaciones que otro sujeto situado en la misma situación, siempre y cuando no exista una justa causa de distinción.

En síntesis, la igualdad desde un punto de vista jurídico implica la posibilidad o capacidad que tiene una persona de adquirir derechos o contraer obligaciones, cualitativamente, propios de todos aquellos sujetos que se encuentren en su misma situación jurídica determinada. Asimismo, el Maestro Burgoa<sup>146</sup> esboza la opinión que consideramos muy acertada al decir que “el concepto de igualdad jurídica . . . no corresponde al concepto abstracto, deshumanizado e irreal que proclamó el individualismo liberal. En la vida de ningún pueblo puede existir la igualdad jurídica absoluta entre sus variadísimos componentes, pues la ley jamás debe prescindir de las

---

<sup>145</sup> Burgoa, op. cit., pág. 253.

<sup>146</sup> *Ibidem*, 254.

diferentes situaciones generales determinadas que se registran en la realidad social para normarlas diversamente.”

Sin embargo, no podemos pensar que por ser la igualdad absoluta inasequible, aparte de indeseable, la igualdad relativa y circunscrita a situaciones concretas no es posible, ya que ésta (la igualdad relativa) resulta factible además de imperativa. Al efecto, Aristóteles afirma que entre iguales, lo justo y honorable es equidad en el trato, pero si aquellos que son iguales reciben un trato distinto, esto es contrario a la naturaleza: y ninguna cosa contraria a la naturaleza es honorable.<sup>147</sup>

Aristóteles continúa precisando que “se piensa que la justicia es igualdad, y lo es, pero no respecto de todos, sino solo frente a aquellos que son iguales; y se piensa que la desigualdad parece y es justa, y si lo es, pero no para todos, sino que solamente para aquellos que son desiguales.”<sup>148</sup> La igualdad resulta por tanto válida, posible y deseada para dar trato y substancia en aquellos casos en los que los sujetos se encuentran en la misma situación concreta en la que se pretende aplicar un criterio de igualdad, de la misma manera que la igualdad resulta inoperante y perjudicial en aquellos casos en los que se trata de forma igual a sujetos inmersos en situaciones jurídicas disímiles.

Una tesis similar sostiene Radbruch:<sup>149</sup> “La igualdad no es un dato, las cosas y los hombres son tan desiguales como un huevo a otro; la igualdad es siempre una abstracción desde un punto de vista determina y de una desigualdad dada.” Este autor señala que en la democracia la igualdad sobrepuja al concepto y valor de la libertad, considerando que el concepto de igualdad ante la ley solo se apoya en la exigencia de la justicia. En este mismo orden de ideas, podemos considerar que la idea que la igualdad jurídica es lo mismo que la igualdad real; la idea de que los poderes

---

<sup>147</sup> Pol. VII.3. 1325<sup>b</sup> (Tr. inglesa de M.A. Rackham, The Politics of Aristotle, London, William Heinemann, Ltd., 1932, pág. 551) La traducción al español es nuestra.

<sup>148</sup> Pol. III. 5. 1280 (Rackham. op. cit. pág. 211) La traducción al español es nuestra.

<sup>149</sup> Radbruch, Gustavo, Filosofía del Derecho, Madrid, 1959, pág. 46. (citado por Castro, op. cit., pág. 194).

judiciales son iguales para todos, le dan significado a la idea de igualdad real y por lo mismo al concepto de bienestar del Estado.<sup>150</sup>

Tomando en cuenta lo dicho anteriormente y considerando su peso específico en países democráticamente orientados como el nuestro, una ley no debe otorgar una ventaja económica o jurídica a un sujeto y negársela a otro que se encuentra en la misma situación jurídica que el primero, basándose en distinciones ajenas a la situación misma en la que se encuentran estos sujetos. Es decir la ley debe respetar la igualdad cualitativa, haciendo distinciones solamente en aquellos casos en los que la misma naturaleza de la situación jurídica permite hacer una distinción específica.

A manera de ejemplo podemos pensar que atenta contra la igualdad jurídica el hecho de que una ley o una autoridad otorgue una ventaja<sup>151</sup> en el procedimiento de desahucio a un arrendador por tener la tez blanca frente a otro que tiene la tez morena. En este ejemplo se hace patente que la distinción legal no se basa en una condición específica de la relación jurídica (como sería que el bien arrendado está destinado a casa habitación de interés social), sino que se basa en condiciones ajenas totalmente a la hipótesis normativa (el color de la piel del arrendador).

En conclusión, podemos señalar que la igualdad debe responder a la idea de: ¿igualdad frente a quien? Señalando como respuesta categórica: "Igualdad frente a todo sujeto que se encuentre en la misma situación". La igualdad por tanto debe establecerse frente a los demás y solo puede darse en función a una relación comparativa entre dos o más sujetos pertenecientes a una misma y determinada situación jurídica. Esta relación comparativa necesariamente debe permitir que cada sujeto inmerso en una misma hipótesis tenga los mismos derechos y obligaciones inherentes a dicha hipótesis.

---

<sup>150</sup> Ortega Deciga, Ernestina. Interpretación del Artículo 13 Constitucional, Tesis Licenciatura de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNAM. 1941, pág. 27.

<sup>151</sup> Por ventaja entendemos cualquier variación que se de entre el trato, por acción u omisión, a dos sujetos situados en la misma hipótesis normativa que permite a uno de ellos a mejorar su posición social, económica, jurídica o de cualquier otra índole a causa únicamente del trato especial que le da la ley.

Regresando a las ideas de Radbruck,<sup>152</sup> siendo que el Estado tiene como finalidad última el bien común de sus habitantes<sup>153</sup> y tomando en cuenta que en un Estado democrático, solamente puede alcanzar el bien común si actúa de forma sistemática en justicia frente a sus habitantes, y toda vez que la justicia se apoya valerosamente en el constante y substancial trato igual, entre iguales, una de las condiciones *sine qua non* para conseguir el bien común es la igualdad jurídica. Entendida como conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto, con el objeto de que esté en aptitud de adquirir los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, desde un punto de vista cualitativo, que corresponden a otras personas colocadas en su misma hipótesis normativa o de hecho.<sup>154</sup>

Pasaremos ahora a tratar precisamente lo que predica el derecho positivo mexicano, y concretamente la Constitución Política, respecto de la Garantía Individual de Igualdad.

### C. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

En nuestro texto Constitucional podemos encontrar que la Garantía de Igualdad se encuentra ubicada en los siguientes artículos: 1, 2, 4, 12, 13 y posiblemente el 28. Cada uno de estos artículos constitucionales además del texto específico relacionado con la garantía de igualdad, se refieren a otros conceptos de garantías. Sin embargo, para los propósitos de esta tesis, nos limitaremos a tratar solamente su contenido de igualdad.

Comenzaremos analizando el contenido general de cada uno de los artículos antes mencionados, procediendo luego a tratar aquellos con un contenido relevante para este trabajo.

#### Artículo Primero.

---

<sup>152</sup> Recordemos que dice que la igualdad ante la ley se apoya en la exigencia de la justicia, señalándola además, como uno de los pilares ideológicos de la democracia, aún la liberal.

<sup>153</sup> González Uribe, Héctor. Teoría Política, 7ª ed., México D.F., Porrúa 1989, pág. 279.

<sup>154</sup> Burgoa, op. cit., pág. 255

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”<sup>155</sup>

Este artículo proporciona criterios sobre la naturaleza de las garantías individuales, pero igualmente nos permite concluir que los derechos públicos subjetivos se otorgan o reconocen por igual a todos los individuos (en sentido lato), sin distinción de raza, sexo, edad, condición económica y aún nacionalidad, con las excepciones que el propio texto constitucional establece.<sup>156</sup> Como complemento a esta garantía tenemos al artículo 15, que en su segunda parte dice:

“no se autoriza la celebración de convenios o de tratados . . . en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.”<sup>157</sup>

De modo que las garantías consagradas en la Constitución no pueden ser objeto de renuncia por los particulares ni pueden ser modificadas por acuerdos o tratados de ningún tipo.

### Artículo Segundo.

Art. 2o.- “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional, alcanzarán, por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes.”

El artículo segundo se analiza normalmente como una garantía de libertad física, que en cualquier forma se traduce en una igualdad frente a la ley.<sup>158</sup> Esta garantía específica de igualdad impone al Estado y a sus autoridades la obligación de otorgarle a toda persona<sup>159</sup> su calidad como tal, siendo por lo tanto obligación del Estado el reconocerle al ser humano, en

---

<sup>155</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

<sup>156</sup> Castro, op. cit., pág. 195

<sup>157</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

<sup>158</sup> Castro, op. cit., pág. 195

<sup>159</sup> Persona es apropiadamente definida por Boecio como un “ente individual de naturaleza racional”.

sentido abstracto y general, su estado jurídico y fáctico capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones.<sup>160</sup> Este artículo no obstante ser de la mayor importancia, no resulta pertinente para la finalidad de este trabajo, ya que la igualdad *in genere* del hombre tiene relevancia en lo que toca a la igualdad específica de situaciones de las que venimos hablando a lo largo de este trabajo.

#### Artículo Cuarto.

Art. 4o.- “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

---

<sup>160</sup>

Burgoa, op. cit., pág. 267.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.”

El primer párrafo se refiere a la aceptación y reconocimiento por parte del Estado mexicano de su composición pluricultural. En el segundo párrafo, se entiende como el establecimiento de una igualdad entre el hombre y la mujer, que redundará en el contenido del artículo primero.<sup>161</sup> Los últimos cuatro párrafos se refieren a la libertad de reproducción, establecen el acceso obligatorio a la protección de la salud y a una vivienda digna y la protección de menores. Del mismo modo que el artículo anterior y toda vez que el segundo párrafo de este artículo es una repetición, tal vez necesaria, del artículo primero, nos limitaremos al estudio del contenido normativo del artículo primero.

#### Artículo Décimo Segundo

Art. 12.- “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.”

Este artículo reconoce una igualdad de las personas en su aspecto social, lo que trae aparejada una consecuencia capital: la negativa de reconocer y otorgar privilegios o prerrogativas a unas personas que son negadas a otras, situación que coloca jurídicamente a los primeros por encima de los últimos.<sup>162</sup>

#### Artículo Décimo Tercero

Art. 13.- “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean

---

<sup>161</sup> Castro, op. cit., pág. 195.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pág. 196.

compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”

Se establece para evitar juicios por leyes privativas o por tribunales especiales, negando los fueros privilegiados a las personas o corporaciones, y que concluye igualando a éstas.<sup>163</sup> En particular desarrollaremos la prohibición a la existencia de fueros.

#### Artículo Vigésimo Octavo.

Art. 28.- “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la (sic) prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las (sic) prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el



abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya

duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia (sic). Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.”

Este resulta un artículo harto complejo en estructura y contenido, ya que fundamentalmente combate el monopolio, para permitir la libre concurrencia, al menos bajo la redacción que inicialmente se ideó,<sup>164</sup> de modo que si se opone a los monopolios es porque, en su última instancia, pretende igualar a los individuos en sus actividades, principalmente las económicas, en forma tal que evite privilegios o exclusividades, que sería tanto como permitirle a algunos lo prohibido a otros. En pocas palabras, iguala las condiciones de los actores económicos determinados.<sup>165</sup>

Los artículos primero, décimo segundo, décimo tercero y el vigésimo octavo, en menor medida, resultan medulares para lograr los objetivos del presente trabajo; el primero determina la igualdad de aplicación de las garantías contenidas en la Constitución y los artículos décimo segundo y décimo tercero y vigésimo octavo reafirman la igualdad frente a la ley y frente a las disposiciones gubernamentales, ya que si una norma o disposición otorga un privilegio, una ventaja o una protección especial a alguno o algunos, con marginación de otros, la regla de la igualdad se quiebra al mismo tiempo que se falta a la justicia en el trato a los gobernados.<sup>166</sup>

### Artículo Primero

El artículo primero entraña el fundamento primario de la Garantía Individual de Igualdad en virtud del cual, todos los individuos que se encuentren en territorio nacional tienen derecho a

---

<sup>164</sup> El Artículo 28 Constitucional en su redacción original: “En los Estados Unidos Mexicanos, no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni prohibiciones a título de protección a la industria . . . en consecuencia la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público . . .” (Leyes Fundamentales de México, op. cit. pág. 834), y en su redacción actual en el segundo párrafo: “En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia . . . todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a (sic) favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.”

<sup>165</sup> Castro, op. cit., pág. 196.

<sup>166</sup> *Ibidem*, pág. 198.

gozar de los derechos que la Constitución consagra sin distinciones de nacionalidad, raza religión, sexo, etcétera. En otras palabras, todos los hombres sin excepción alguna están posibilitados y son capaces de ser titulares de los derechos subjetivos públicos “otorgados” por la Constitución.

El maestro Burgoa señala de forma un poco contradictoria que el concepto jurídico de igualdad, como contenido de una garantía individual, “se traduce en un elemento eminentemente negativo; la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres en cuanto tales, provenientes de factor alguno. Consiguientemente, la situación determinada en que opera la igualdad, como *substratum* de un derecho subjetivo público emanado de una garantía individual, es muy amplia pues no se establece ni se demarca por un cierto factor contingente o accesorio, sino que se forma por un fenómeno negativo inherente a la naturaleza humana en sí mismo considerado, en cuanto tal: ausencia de diferencias en las posibilidades y capacidades jurídicas generales, debidas aquellas a particularidades étnicas, religiosas, biológicas, etc., que puedan ostentar varios individuos o grupos humanos. La igualdad como garantía individual es, por ende, un elemento consubstancial sujeto en su situación de persona frente a sus semejantes todos, independientemente de las condiciones jurídicas parciales y particulares que aquel pudiese reunir.”<sup>167</sup> A esto consideramos importante añadir que la igualdad permite precisamente hacer distinciones entre personas, siempre y cuando estas distinciones no sean arbitrarias, sino que tomen en cuenta solamente los elementos relacionados precisamente con la hipótesis específica de la que se trata.

En conclusión, podemos decir que la igualdad como garantía individual, traducida en esa situación negativa de toda diferencia entre los hombres, proveniente de circunstancias y atributos originarios emanados de la propia personalidad humana particular (raza, religión, nacionalidad, etc.), es el fundamento de la igualdad jurídica que opera en cada una de las posiciones determinadas y correlativas derivadas de los distintos ordenamientos legales<sup>168</sup>. De modo que la ley debe ser justa en su principio y general en su objeto. Para ser igual para todos los miembros

---

<sup>167</sup> Burgoa, op. cit., pág. 255.

<sup>168</sup> Ibidem.

del cuerpo social su aplicación debe ser independiente del título de las personas. Debe ser general en su objeto pues de otro modo degeneraría en privilegio.<sup>169</sup>

El precepto y principio citado es de un calibre tal que hay quien considera que constituye el fundamento mismo de los derechos humanos.<sup>170</sup> Su trascendencia se puede observar en el hecho de que, si bien en los debates del congreso constituyente de 1856 se discutía acerca de cuales eran los derechos del hombre, el principio de igualdad de los mismos siempre se mantuvo incólume e incuestionable.<sup>171</sup>

El derecho público subjetivo establecido en la Garantía Individual de Igualdad, reflejado en el artículo primero Constitucional, no implica igualar a todos los sujetos de derecho tratando igual a un capaz que a un incapaz o a un extranjero que a un nacional, sino que pretende darle igual trato a quienes estén en igual situación.

El principio de igualdad ante la ley implica y sobreentiende que la regla de derecho ha de ser siempre la misma para el mismo caso.<sup>172</sup> El artículo primero constitucional garantiza la igualdad de todas las personas, no en el aspecto físico o corporal, ni económico, ni intelectual, ni aún ante la sociedad, sino exclusivamente en el sentido jurídico y gubernativo, es decir, ante la ley y ante el Estado.<sup>173</sup> La igualdad ante la ley se concibe hoy fundamentalmente como principio de no discriminación. En otras palabras, la ley puede hacer distinciones entre las personas, concediéndoles diferentes derechos o privilegios, pero el trato desigual será ilegítimo si se funda en criterios como la raza, el sexo, la religión, el origen social, nacionalidad, etcétera.<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> Campillo. op. cit. pág. 282.

<sup>170</sup> Fix Fierro, op. cit., pág. 10.

<sup>171</sup> Vid., en general, los Debates del Congreso Constituyente de 1856 (sesiones del 10 y 11 de julio de 1856) y de 1916 (3a sesión ordinaria del lunes 11 de diciembre de 1916, 10a sesión ordinaria celebrada la tarde del martes 12 de diciembre de 1916, 11a sesión ordinaria celebrada la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916, y 6a sesión ordinaria celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917).

<sup>172</sup> Duguit, L. Manual de Derecho Constitucional, Madrid, 1926, pág. 4 (trad. de José Acuña); citado en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XIV, Bibliográfica OMEBA, Driskill, S.A., Buenos Aires, 1982, pág. 892.

<sup>173</sup> Bazdresch, Luis. Garantías Constitucionales. 1ª ed., México D.F., Trillas, 1994, pág. 98.

<sup>174</sup> Fix Fierro, op. cit., pág. 10.

En resumen, la igualdad ante la ley se traduce en un mismo tratamiento normativo para todos los sujetos que se encuentren dentro de ciertos supuestos normativos específicos.<sup>175</sup>

El artículo primero de nuestra Constitución contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente proceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.<sup>176</sup>

En conclusión y derivado del contenido del artículo primero de nuestra Constitución, de la misma manera en que la igualdad se traduce en tratar igual a los iguales, es menester tratar desigual a los desiguales. Sin embargo, un trato desigual debe encontrar su fundamento y razón de ser en una diferencia entre los sujetos comparados que sea razón eficiente y suficiente para justificar dicha diferencia de trato. De lo contrario estaríamos en presencia de una discriminación ante quien no se trata igual, frente a un privilegio que goza el segundo sujeto en comparación. En otras palabras, la diferencia de trato debe poder ser explicada en una diferencia cualitativa entre los entes diferenciados para evitar ser tildada de injusta e inconstitucional.<sup>177</sup>

Artículos Décimo Segundo, Décimo Tercero y Vigésimo Octavo.

Estos artículos se pueden agrupar ya que en lo referente al concepto de igualdad ante la ley tienen la misma finalidad. Su objeto es evitar que sujetos de derecho ubicados en similar situación de hecho o de derecho, por cuestiones de carácter personal y ajenas a esa situación,

---

<sup>175</sup> Burgoa, op. cit., pág. 256.

<sup>176</sup> Dictamen de la Comisión sobre el Artículo Primero Constitucional, Congreso Constituyente de 1916, 8ª sesión ordinaria celebrada el lunes 11 de diciembre de 1916; y 11ª sesión ordinaria celebrada el miércoles 13 de diciembre de 1916 en Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, Antecedentes y Evolución de los Artículos 1 al 15 Constitucionales, Juan Zurita Lagunes (al cuidado de), Vol. II, México D.F., XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, 1969, pág. 22.

<sup>177</sup> González de Cossío, op. cit., pág. 22.

reciban privilegios o posean fueros que les permita obtener una ventaja económica superior al resto.

El artículo décimo segundo prohíbe las prerrogativas hereditarias. El concepto de prerrogativa hereditaria tradicionalmente se refiere a la negación de la distinción artificiosa entre los individuos integrantes de la población provenientes de distintas clases sociales. Para el orden jurídico mexicano nos dice Burgoa,<sup>178</sup> todos los hombres son iguales, en cuanto a que son personas, y deben de estar colocados en una situación de igualdad, mereciendo el mismo trato legal independientemente de su calidad social o familiar.

Entendiendo este artículo de la forma tradicional podríamos pensar que dista mucho de contribuir a discernir el alcance del concepto de igualdad ante la ley en la Constitución. Sin embargo, esta interpretación si bien resulta históricamente acertada, no permite una interpretación más ad-hoc con las tendencias y las disyuntivas actuales. La exigencia de no otorgar prerrogativas hereditarias, se puede entender, aunado desde luego al contenido del artículo décimo tercero y, en menor medida, al vigésimo octavo, como una prohibición Constitucional a toda distinción/prerrogativa derivada de una característica del individuo ajena a la situación jurídica concreta en la que se haya.

Por lo que consideramos que la nacionalidad de un sujeto, que resulta por demás hereditaria, conlleva ciertos beneficios explicados en capítulos anteriores sobre el régimen legal ortodoxo aplicable a inversionistas mexicanos. Esto resulta evidente al considerar la naturaleza misma del concepto de nacionalidad<sup>179</sup> y la realidad legal de las ventajas concedidas por ciertas partes del Capítulo XI a los inversionistas en México de nacionales de Estados Unidos de América y Canadá respecto de los inversionistas mexicanos en México.

Del mismo modo, el artículo décimo tercero de la constitución en la parte que nos interesa señala que ninguna persona o corporación puede tener fuero. El concepto de fuero lo debemos entender

---

<sup>178</sup> Burgoa, op. cit., pág. 278.  
<sup>179</sup> Ver pie de página No. 199.

como una situación delimitada de competencia o jurisdicción entre dos órdenes de tribunales que impliquen un privilegio o prerrogativa de cualquier especie.<sup>180</sup>

Este artículo se traduce en que el Estado y sus autoridades tienen la obligación de no otorgar a ninguna persona, ya sea física o moral, privilegio o prerrogativa alguna de cualquier índole o contenido. El fuero personal está constituido por un conjunto de privilegios y prerrogativas que se acuerdan en favor de una o varias personas determinadas. Dichos privilegios y prerrogativas se establecen *intuitu personae*, esto es, atendiendo a una calidad del sujeto mismo. Por ende, estos privilegios y prerrogativas pueden traducirse en una serie de exenciones y favores o ventajas para sus titulares.<sup>181</sup>

Este fuero excluye para sus titulares la imperatividad de la norma jurídica general; el sujeto de un fuero personal se sustrae de la esfera jurídica establecida para todos los individuos. Así, el que goza de un fuero de tal naturaleza no puede ser juzgado por los tribunales ordinarios que conocen de los juicios que se susciten entre las personas no privilegiadas. La existencia de los indicados fueros en materia jurisdiccional significa la desigualdad evidente en la administración de justicia, originando, por ende, toda especie de iniquidades.

Dicha situación es invariable en cuanto que no se altera por la posición jurídica individual de los no privilegiados frente a la competencia de los tribunales, a sus semejantes y al Estado.<sup>182</sup> Así, un sujeto titular de un fuero personal, léase un nacional de Estados Unidos de América o Canadá inversionista en México, no puede ser sometido a la jurisdicción del tribunal que conocería de un determinado proceso por razón de la naturaleza del juicio o de la índole del negocio jurídico, del grado de la instancia, etc., ya que podría acceder al arbitraje según las reglas establecidas en el apartado B del Capítulo XI del TLCAN. Tampoco está colocado dicho sujeto en una situación igualitaria con las demás personas puesto que disfruta de ventajas respecto de éstas, de las que se

---

<sup>180</sup> Burgoa señala que además de lo señalado en el texto, se puede entender por fuero como una compilación o reunión de leyes o disposiciones jurídicas, léase el Fuero Juzgo o como un conjunto de usos y costumbres jurídicos de observancia obligatoria. Op. cit., pág. 291.

<sup>181</sup> Burgoa, op. cit., pág. 293

<sup>182</sup> Burgoa, op. cit., pág. 294

ESTA TESTA NO DEBE  
SER DE LA BIBLIOTECA



señalarán y analizarán más a fondo a continuación, pero que en resumen son; el pago pronto y en mejores condiciones.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que:

“De la interpretación histórica del artículo 13 constitucional, y particularmente del debate que suscito el mismo precepto de la Constitución de 1857, se desprende que la teleología de tal norma es la de consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico: el de la jurisdicción. Así, el artículo 13 constitucional proscribe la aplicación de “leyes” que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social.”<sup>183</sup>

Desprendiéndose de esta tesis y por analogía, que ninguna persona puede gozar de una situación privilegiada o jurisdicción especial. A excepción desde luego de las jurisdicciones especiales que permite la misma Constitución.

A pesar de que la definición tradicional de fuero no comprende al ciudadano inversionista de Estados Unidos de América o de Canadá, sus efectos y características son suficientemente similares como para considerar que el apartado B del Capítulo XI del TLCAN es una versión moderna y elegante del fuero medieval.

Conjugando ambos artículos, se pueden dilucidar claramente las ventajas específicas que reciben inversionistas en México de los otros Estados Parte del TLCAN sobre inversionistas nacionales y se puede comprender claramente que estas prerrogativas son en función de su calidad de extranjeros. Sumándole a estos conceptos la prohibición del artículo vigésimo octavo de otorgar

---

<sup>183</sup> Novena Época. Pleno Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VI, Septiembre de 1997., Tesis: P. CXXXV/97., Página: 204

“Igualdad. Las garantías previstas en el artículo 13 constitucional la consagran, en el aspecto jurisdiccional, prohibiendo las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros.”

ventajas económicas injustificadas a ciertos sujetos, podemos pensar sin mucho temor a equivocarnos que nos encontramos frente a normatividad claramente inequitativa y violatoria del principio de igualdad ante la ley.

#### IV. TLCAN VS LEY DE EXPROPIACION – TRATO DESIGUAL

Teniendo en cuenta lo establecido en los dos capítulos anteriores, veamos ahora a manera de ejemplo el trato que recibe un inversionista mexicano, que invierte en México y un inversionista TLCAN<sup>184</sup> que invierte en México. En particular suponemos el caso que tanto el inversionista mexicano y el inversionista TLCAN adquieren un bien inmueble en México. Estos bienes inmuebles, uno propiedad de un inversionista TLCAN y otro propiedad de un mexicano son expropiados por un mismo decreto de expropiación emitido por el Presidente de la República.<sup>185</sup>

Este ejercicio confrontará el trato que recibe un inversionista TLCAN con el trato que recibe un inversionista mexicano en el caso planteado en el párrafo anterior a partir del momento en que se da el decreto de expropiación.<sup>186</sup>

Trato a nacional de Canadá o Estados Unidos de América Artículo 1110 TLCAN	Trato a nacional de México Ley de Expropiación
I. Decreto de Expropiación	I. Decreto de Expropiación
(a) Causas: <sup>187</sup> (i) Utilidad Pública. <sup>188</sup> (ii) sobre bases no discriminatorias. (iii) con apego a la legalidad y al Artículo 1105 (1). <sup>189</sup> (iv) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.	(a) Causas: <sup>190</sup> (i) Utilidad pública <sup>191</sup> (ii) mediante indemnización.

<sup>184</sup>

Para llamar de una forma resumida a los inversionistas de Canadá o Estados Unidos de América

<sup>185</sup>

De nada sirve a este trabajo hacer las distinciones establecidas en la Ley de Inversión Extranjera y su reglamento en cuanto a la forma de posesión. Digamos solamente que la propiedad de estos inversionistas es legal y válida.

<sup>186</sup>

En este caso, suponemos que la autoridad lleva a cabo sus actos con estricto apego a la Ley de Expropiación o al TLCAN y que cumple con todas las formalidades que establece la legislación mexicana.

<sup>187</sup>

Artículo 1110 (1)

2. Indemnización	2. Indemnización
(a) Sin demora y será completamente liquidable. <sup>192</sup>	(a) Dentro de un año a partir de la fecha del Decreto Expropiatorio. <sup>194</sup>
(b) Al tipo de cambio de una moneda del Grupo de los Siete en la fecha en la que se llevó a cabo la expropiación más los intereses que en esa moneda se	(b) En moneda nacional.

<sup>188</sup> En este caso la "utilidad pública" se debe probar.

<sup>189</sup> Artículo 1105(1) "Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional incluido el trato justo y equitativo así como protección y seguridad plenas."

<sup>190</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 27, párrafo segundo.

<sup>191</sup> La Ley de Expropiación en su artículo primero señala que se considera como "utilidad pública" lo siguiente:

"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 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 viveros 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."

<sup>192</sup> Artículo 1110 (3).

<sup>193</sup> Artículo 1110 (2) Los criterios de valuación incluirán el valor corriente del activo así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

<sup>194</sup> Artículo 20 de la Ley de Expropiación señala que, "la indemnización deberá pagarse dentro del término de un año a partir de la declaratoria de expropiación en moneda nacional, sin perjuicio de que se convenga su pago en especie."

<p>hubiesen generado.</p> <p>(c) Equivalente valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación y no reflejará ningún cambio debido a que la intención de expropiación se supo antes de que se efectúe la medida expropiatoria.<sup>193</sup></p>	<p>(c) Equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras.<sup>195</sup> En caso de controversia en cuanto al valor, ésta será resuelta por un juzgado de distrito.<sup>196</sup></p>
<p>3. Medios de Impugnación</p>	<p>3. Medios de Impugnación.</p>
<p>Sometimiento de arbitraje de acuerdo con la Sección "B" del mismo Capítulo XI dentro de los tres años a partir de la fecha en la que se llevo a cabo la expropiación.</p> <p>Sin perjuicio de que el inversionista afectado interponga antes de someterse al arbitraje los medios previstos en la Ley de Expropiación.</p>	<p>(a) Recurso de Revocación ante la autoridad que haya tramitado el expediente de expropiación<sup>197</sup> dentro de 15 días a partir de la notificación de la expropiación.</p> <p>(b) Contra la resolución judicial que fije el monto de la indemnización, no cabrá ningún recurso y se procederá al otorgamiento de la escritura respectiva que será firmada por el interesado o en su rebeldía por el juez.<sup>198</sup></p>

<sup>195</sup> Artículo 10 de la Ley de Expropiación señala que, "el precio que se fijará como indemnización por el bien expropiado, será equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras.

<sup>196</sup> Artículos 11-14 de la Ley de Expropiación.

<sup>197</sup> Artículo 5 de la Ley de Expropiación.

<sup>198</sup> Artículo 17 de la Ley de Expropiación señala que, "contra la resolución judicial que fije el monto de la indemnización, no cabrá ningún recurso y se procederá al otorgamiento de la escritura respectiva que será firmada por el interesado o en su rebeldía por el juez."

	(c)
4. Amparo <sup>199</sup>	4. Amparo
5. Suspensión. (a) El tribunal arbitral podrá ordenar una medida de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos.	5. Suspensión. (a) Procede solamente en algunos casos. <sup>200</sup>
6. Incumplimiento.  En el caso extremo de que el Gobierno Federal incumpla el Laudo, el inversionista extranjero podrá solicitar la intervención de su gobierno para que demande el cumplimiento por parte del Estado Mexicano de sus obligaciones contraídas de acuerdo con el TLCAN (Capítulo XX). Además tiene abierta la posibilidad de acceder a las vías establecidas ex profeso para el cumplimiento de laudos de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por México.	6. Incumplimiento.  El inversionista mexicano no tendría otra opción más que promover la ejecución de la sentencia de amparo con la no tan remota posibilidad de que esta sentencia no se cumpla.

De esta tabla se desprende un hecho terrible. En México y gracias al TLCAN un inversionista TLCAN recibe un trato considerablemente más favorable que un inversionista mexicano en

<sup>199</sup> Hasta el momento no se ha intentado acudir al amparo para solicitar la protección de la Justicia Federal por violaciones dentro del procedimiento arbitral a las garantías esenciales dentro del procedimiento de las partes. Sin embargo, ya que se trata de un arbitraje de carácter privado y de naturaleza ordinaria, cabe pensar que procedería en algunos casos muy extremos el amparo en contra de la ejecución de la sentencia del tribunal que pretenda ejecutar el laudo arbitral una vez que éste haya sido homologado. Entendemos sin embargo, que la homologación del laudo puede no ser necesaria ya que la autoridad expropiatoria procedería de plano a ejecutar la medida expropiatoria sin que medie la homologación del laudo.

<sup>200</sup> Artículo 8 de la Ley de Expropiación señala que, "no procede la suspensión en los casos señalados en las fracciones V, VI y X del artículo 1 de la Ley de Expropiación."

México. Desde el primer momento podemos ver que un inversionista TLCAN recibe compensación por la expropiación de forma inmediata, en moneda de un país del Grupo de los Siete (o su equivalente en pesos mexicanos). En el caso del inversionista TLCAN, las causas que motivan la expropiación deben de ser plenamente justificadas y bajo principios de trato más estrictos. Otro caso patente de desigualdad es la vía que tiene el inversionista TLCAN para impugnar la expropiación, ya que el inversionista TLCAN tiene expedita la vía arbitral.

Pero lo que consideramos más claramente desigual es que los inversionistas TLCAN tienen abierto el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación hasta en tanto no ejerciten sus derechos de acuerdo con el TLCAN. Esto es, en igualdad de circunstancias los inversionistas TLCAN tienen más opciones abiertas con las que obtener un trato más favorable o incluso ventajoso que los mexicanos.<sup>201</sup>

De modo que estamos frente a un caso en el que dos sujetos se encuentran en idéntica situación respecto de una determinada hipótesis normativa (la expropiación), en las que no prevalecen causas de seguridad nacional ni históricas que nos obliguen a distinguir a estos dos sujetos. Y sin embargo, el derecho le otorga un trato más favorable a una de ellas, en detrimento de la otra. En estos casos, dado que la situación en la que se encuentran los dos sujetos es idéntica, el sujeto que recibe el beneficio gracias al trato disímil obtiene un beneficio de forma inequitativa y por lo

---

<sup>201</sup> Al efecto ver el Caso No. ARB (AF)/97/2 - Robert Azinizni, Keneth Davitian y Ellen Baca vs. Los Estados Unidos Mexicanos, recientemente resuelto por el CIADI notificado a las partes el 1 de noviembre de 1999. En este caso los demandantes presentaron un recurso de revocación ante el tribunal contencioso administrativo competente del Estado de México. Al recibir sentencia contraria a sus intereses, apeló la decisión de dicho tribunal ante la sala superior del tribunal contencioso administrativo del Estado de México. Ya que la sala superior de este tribunal ratificó la sentencia apelada, los demandantes presentaron amparo directo ante el Tribunal Superior de Circuito competente, mismo que resolvió en contra de los intereses de los demandantes el 18 de mayo de 1995.

Es el caso que el 17 de marzo de 1997, los demandantes decidieron acudir ante un tribunal arbitral de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1137 (1) (b) del TLCAN, mismo que fue admitido y substanciado en todas sus etapas. En la primera decisión de un tribunal arbitral establecido de acuerdo con el Capítulo XI del TLCAN, este tribunal arbitral decidió entre otros asuntos de gran significado que un tribunal arbitral como ese no puede estar sujeto a las decisiones previas de los tribunales locales, de acuerdo con lo señalado en Amco vs. Indonesia. Más aún el Tribunal Arbitral se propuso resolver si los tribunales mexicanos violaron el TLCAN al emitir una sentencia confirmando la resolución de la autoridad impugnada.

No obstante que el juicio fue resuelto absolutamente en contra de las pretensiones de los actores, la desigualdad en el trato es evidente. Los inversionistas TLCAN tuvieron una oportunidad adicional a los inversionistas mexicanos, que en este caso no rindió los frutos deseados, para impugnar la decisión de una autoridad mexicana.

tanto inconstitucional. Encontrándose por el solo hecho de ser nacional de un país miembro del TLCAN en una posición más favorable que la que tiene a su alcance un nacional mexicano.

La situación se torna aún más perversa si consideramos que el sujeto que recibe el beneficio no es un mexicano sino que es un extranjero. La misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 33 *in fine* que en igualdad de circunstancias se debe inclinar hacia el mexicano.

Al respecto cabe señalar algunas características y la naturaleza establecida en el derecho positivo mexicano y en el derecho internacional respecto del concepto de nacionalidad y extranjería. El Lic. Francisco Contreras Vaca señala que la nacionalidad es una “institución jurídica en virtud de la cual se relaciona al individuo con un Estado debido a su adecuación con los criterios legales, desde el momento del nacimiento o con posterioridad al mismo.”<sup>202</sup> Esta relación supone lógicamente ciertas prerrogativas en favor del nacional respecto del extranjero, especialmente en materias político/electorales y de inversión extranjera. Estos beneficios deben estar señalados en la Constitución, de lo contrario resultarían inconstitucionales por atentar contra la garantía de igualdad.

Al respecto, la Constitución establece en sus artículos primero y treinta y tres que los extranjeros tienen derecho a gozar de las garantías individuales que la misma Constitución otorga sin restricción alguna, salvo las excepciones que ella misma establece. La Constitución señala básicamente tres excepciones al goce de las garantías individuales por los extranjeros: (i) en materia política, los extranjeros no tienen derechos políticos en México, (ii) libertad de tránsito y derecho de audiencia, y (iii) materia de inversiones.

La finalidad del Capítulo XI del TLCAN es equiparar a los nacionales de los Estados Parte con los nacionales de los otros Estados Parte en materia de inversiones. Esta finalidad se logra estableciendo las cláusulas de trato nacional o incluso la cláusula de nación más favorecida. De modo que un inversionista extranjero, nacional de Canadá o Estados Unidos de América, se

---

<sup>202</sup> Contreras Vaca, José Francisco. Derecho Internacional Privado, Parte General. Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 2ª ed., México, D.F., Harla, 1996, pág. 36.



encuentra en igualdad de condiciones frente a un mexicano en lo que respecta a esa inversión. Su trato debe de ser igual y las restricciones a su inversión no deben de ser más amplias que las establecidas para los mexicanos.<sup>203</sup> Con la obvia salvedad de aquellas áreas de la economía que se encuentran restringidas a la inversión extranjera directa previstas de alguna forma en la Constitución y sobre las que México formuló una reserva específica.

Ahora bien, resta preguntarnos si un inversionista TLCAN es igual en situación y naturaleza a un inversionista mexicano. Para el derecho mexicano la situación migratoria o de nacionalidad de un sujeto es de gran trascendencia. Afecta las posibilidades laborales, afecta los derechos políticos e incluso algunos de los llamados derechos humanos, como la libertad de tránsito y la libertad de expresión. Pero, ¿es relevante en materia de inversiones? En un primer momento la respuesta es tajante y evidente, desde luego afecta las posibilidades de inversión de los extranjeros. Sin embargo y en un segundo plano en las materias no restringidas o prohibidas, la nacionalidad de la inversión y más de la inversión de un país TLCAN, no tiene ninguna relevancia. Es decir, un inversionista extranjero esta en igualdad de circunstancias frente a un inversionista nacional.<sup>204</sup>

Partiendo de nuevo de lo señalado en el capítulo precedente de este trabajo, si un inversionista TLCAN y un inversionista mexicano están en igualdad de circunstancias el trato que reciben debe de ser el mismo. Sin embargo y de lo que se desprende de la tabla anterior, gracias al TLCAN los inversionistas TLCAN, tienen una posición jurídica de preferencia frente a los mexicanos que se ubican en su misma situación jurídica. Pero en este caso no estamos hablando de casos abstractos de igualdad, nos estamos refiriendo precisamente a un mexicano

---

<sup>203</sup> Es importante señalar que México actualmente ha celebrado varios tratados de libre comercio con distintos países. En todos ellos se establece un capítulo en términos muy similares (si no idénticos) al TLCAN. Entre éstos se encuentran: (i) Tratado de Libre Comercio entre México, Venezuela y Colombia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1995, en su Capítulo XVII de Inversión; (ii) Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1995, en su Capítulo XIII de Inversión; (iii) Tratado de Libre Comercio entre México, Bolivia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1995, en su Capítulo XV de Inversión; (iv) Tratado de Libre Comercio entre México, Nicaragua, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de julio de 1998, en su Capítulo XVI de Inversión. Dadas las limitaciones de este trabajo, no hemos podido analizar detenidamente estos tratados internacionales, sin embargo, a primera vista su contenido es el mismo. Bastaría posiblemente hacer un estudio detenido de cada uno de estos tratados y sus posibles consecuencias constitucionales en México.

<sup>204</sup> Artículo 4 de la Ley de Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993.

inversionista en México frente a un inversionista TLCAN en México y a la ventaja jurídica y por ende económica y de competitividad que recibe el inversionista TLCAN *vis a vis* el inversionista mexicano.

Podemos pensar ahora que si la violación a la garantía de igualdad es tan clara y evidente el mismo sistema jurídico mexicano establece medios *ad hoc* para impugnar y en su caso obtener la nulidad de un tratado internacional violatorio de garantías individuales. Estamos pensando claro, que el amparo, medio de revisión constitucional por excelencia, protegerá al mexicano e invalidará normas de tan evidente ataque a la Constitución. Sin embargo, nuestra Ley de Amparo<sup>205</sup> muy posiblemente no tutela en este sentido derechos de la naturaleza que tiene la Garantía de Igualdad.

---

<sup>205</sup> Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936, ahora con múltiples reformas.

## V. IGUALDAD Y AMPARO

Comenzaremos este último capítulo haciendo algunas precisiones que no sobran en un trabajo como el presente ya que entraremos a la discusión de una materia de altísimo grado de dificultad, aún para los que se han dedicado a su estudio y ejercicio durante toda su vida profesional, y no queremos tropezar en su análisis. Este capítulo se refiere única y exclusivamente a tres áreas del derecho de amparo, que son, a saber: (i) procedencia del amparo en contra de tratados internacionales; (ii) procedencia del amparo en contra del Capítulo XI del TLCAN; y, (iii) efectos del amparo contra el Capítulo XI del TLCAN. Es decir trataremos únicamente la parte formal del derecho de amparo sin incursionar, por obvias razones de economía y prudencia, en temas de práctica de amparo o en peculiaridades de nuestro juicio de amparo. Cuando sea apropiado, utilizaremos la jurisprudencia que al efecto se ha emitido pero, debido a lo novedoso del tema, los tribunales de amparo mexicanos no han resuelto casos análogos.

Procedencia del Amparo en contra de Tratados Internacionales.

El artículo 103 de nuestra Constitución y en términos similares el artículo 1 de la Ley de Amparo señalan que:<sup>206</sup>

“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

II.- Por leyes o actos de la autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;

III.- Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.

---

<sup>206</sup> Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para aclarar el contenido de los artículos anteriores respecto de la procedencia del juicio de amparo en contra de tratados internacionales, el artículo cuarto de la Ley de Amparo señala que el juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el tratado internacional. De modo que resulta incontrovertido el hecho de que el Amparo procede en contra de tratados internacionales. En este caso y en atención al contenido del primer párrafo del artículo 133, procedería el juicio de amparo contra un tratado internacional que no este de acuerdo con la Constitución.

Ahora bien, habrá que considerar si el juicio de amparo procede en contra del TLCAN. Como ya hemos explicado anteriormente, el TLCAN es un tratado internacional celebrado por el Presidente de la República con la aprobación del Senado. Es claro que de acuerdo con todo lo que ya hemos señalado, no existe razón para pensar que el TLCAN está fuera de la esfera de control constitucional del juicio de amparo. Podríamos además precisar que el TLCAN debe de estar de acuerdo con la Constitución en todos sus términos y en especial a la prohibición señalada en el artículo 15 referente a la alteración de los derechos humanos derivada de la celebración de un tratado internacional. Esta misma opinión debemos de tener en cuanto a la procedibilidad del juicio de amparo en contra del Capítulo XI o de alguno de los artículos contenidos en éste.

A pesar de lo anterior, habrá que aclarar que no estamos haciendo un análisis de la procedibilidad del juicio de amparo en contra de un acto concreto de violación a una garantía específica, sino que solamente estamos afirmando que en principio y de acuerdo con el texto de los artículos antes citados el juicio de amparo procede en contra de tratados internacionales. Sin embargo, como veremos más adelante, la procedibilidad genérica del juicio de amparo en contra de tratados internacionales se ve seriamente limitada y consideramos que la procedibilidad genérica, se convierte en procedibilidad excepcional por las limitaciones legales establecidas.

Ahora bien, entremos al análisis de la procedibilidad del juicio de amparo en contra del Capítulo XI específicamente en lo que respecta a la posible violación a la garantía de igualdad contenida en los artículos 1, 2, 4, 12, 13 y 28 constitucionales. Nuestro punto de partida es el mismo que se señala en el capítulo anterior, un inversionista TLCAN y un inversionista mexicano son

afectados en su inversión por un acto de expropiación del gobierno federal mexicano. El inversionista TLCAN recibe su pago de acuerdo con los términos y condiciones establecidos al efecto en el TLCAN y el inversionista mexicano recibe su pago de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en la Ley de Expropiación. El inversionista mexicano al conocer el trato que recibió el extranjero decide presentar un amparo indirecto en contra el Capítulo XI del TLCAN, señalando que éste trata en forma evidentemente desigual a dos sujetos que se encuentran en una idéntica situación.

Como ya señalamos en párrafos anteriores, el juicio de amparo solo puede promoverlo la parte a quien perjudique el tratado internacional. La doctrina ha desprendido dos importantes principios que son el principio de instancia de parte y el principio de existencia de un agravio personal y directo.<sup>207</sup> Al respecto la Corte ha resuelto que contra un agravio indirecto no cabe el juicio de amparo.<sup>208</sup> Asimismo, el Artículo 73 Fracc. V, de la Ley de Amparo establece que no procede el juicio de Amparo cuando el tratado internacional no afecta los intereses jurídicos del quejoso. En resumen, para que proceda el juicio de Amparo no basta con que exista una violación a la Constitución, sino que esa violación debe de afectar de forma personal y directa los intereses jurídicos del quejoso.

Pasando al tema de los efectos del amparo, debemos de sujetarnos a dos principios: (i) el principio de la relatividad de la sentencia de amparo; y (ii) el principio de la naturaleza declarativa de las sentencia.<sup>209</sup>

El primer principio básicamente señala, de acuerdo con la Fórmula Otero, que solo se repara el agravio a petición y en beneficio del quejoso o dicho de otro modo, solo se ocuparan de los individuos particulares o de las personas morales que lo hubiesen solicitado, limitándose a

---

<sup>207</sup> Rodríguez Gaona, Roberto. "La Tutela de los Derechos Fundamentales a través del Amparo, un reto para el Siglo XXI," *Lex, Difusión y Análisis*, 3ª Epoca, Año V, Septiembre 1999, No. 51, pág. 38 y ss.

<sup>208</sup> Agravio Indirecto. No da ningún derecho al que lo sufre para recurrir al Juicio de Amparo. Jurisprudencia: Apéndice 1975, 8º Parte, Pleno y Salas, Tesis 26, p. 47.

<sup>209</sup> Castro, Juventino V. Garantías y Amparo. 10ª ed., México D.F., Porrúa, 1998, pág. 343.

ampararlos y protegerlos, si procediese, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley (o tratado internacional) que la motivare.<sup>210</sup>

El segundo principio se refiere concretamente al contenido de la sentencia de amparo y a su naturaleza. En forma por demás simplista pero adecuada para los efectos de este trabajo, consideramos que la resolución final de fondo en el amparo, que estime fundada la acción de amparo interpuesta, constituye una sentencia meramente declarativa. Esto se debe a que por disposición de la misma Ley de Amparo, la sentencia de amparo se limita primordialmente a declarar la no validez de un comportamiento de la autoridad o de una norma jurídica que se opone a los dispuesto por la Constitución. Esto se señala claramente en el artículo 80 de la Ley de Amparo estableciendo que la finalidad del amparo es restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, si el acto reclamado es de carácter positivo; u obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir por su parte, lo que la misma garantía exija, si se trata de un acto de carácter negativo.

En este sentido consideramos que la violación a la garantía de igualdad del Capítulo XI del TLCAN podría constituir un acto reclamado de carácter positivo, si se considera que la promulgación y posterior aplicación por parte de la autoridad del capítulo en comento viola de sí la garantía de igualdad; o negativo, si se considera que el hecho de que el TLCAN no le es aplicable a mexicanos en México y la negativa por parte de la autoridad de aplicar el Capítulo XI del TLCAN a mexicanos es violatorio de la garantía de igualdad. Entendiendo lo anterior, no resulta de mayor importancia el carácter específico de la sentencia, lo que si importa es que dentro de ésta se declare la violación a la garantía de igualdad.

A pesar de que lo anterior no hace más que una muy básica revisión del juicio de amparo y solo en lo concerniente a la procedibilidad de este juicio constitucional en contra de los tratados internacionales, como lo es el TLCAN, en lo relacionado con el sujeto que puede promover el juicio de amparo y en cuanto a sus efectos, podemos concluir que, en principio, el TLCAN si puede ser revisado en cuanto a su constitucionalidad mediante el juicio de amparo. De modo que

---

<sup>210</sup> Artículo 76 de la Ley de Amparo.

una persona afectada en su patrimonio tiene *legitimatío ad causam*<sup>211</sup> y que en caso de prosperar el juicio promovido, la corte de amparo tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad del TLCAN y restaurar al quejoso en el goce de sus derechos.

Toca ahora analizar las posibilidades reales que tiene un inversionista mexicano para acudir ante los tribunales federales por la vía del amparo. En este ejercicio estaremos al texto de la legislación e interpretación vigente y actualmente aplicable. No trataremos de hacer interpretaciones temerarias o de estirar el sentido de la ley con el objeto de obtener, aunque sea de forma teórica, una solución a la cuestión planteada acorde con los postulados antes señalados. Asimismo, no utilizaremos artilugios lógicos ni buscaremos lagunas en la normatividad que nos permitan llegar a una solución que aunque correcta en papel, diste de la realidad legal imperante. Lo anterior tiene por objeto evidenciar las posibilidades reales que tiene un mexicano para atacar y obtener una resolución favorable si se ve violentado en sus garantías constitucionales y específicamente en la garantía de igualdad.

Regresemos ahora al caso anteriormente planteado: tanto el inversionista mexicano y el inversionista TLCAN adquieren un bien inmueble en México. Estos bienes inmuebles, uno propiedad de un inversionista TLCAN y otro propiedad de un mexicano, son expropiados por un mismo decreto de expropiación emitido por el Presidente de la República. Tanto el inversionista TLCAN como el inversionista mexicano impugnan el decreto de expropiación, utilizando todos los recursos legales que les son propios. El mexicano al darse cuenta de la situación en la que se encuentra el inversionista TLCAN decide ampararse con el objeto de evitar que éste último reciba una ventaja desmedida e inequitativa.

Como ya lo comentamos en párrafos anteriores, el inversionista mexicano puede solicitar por la vía del amparo indirecto la protección de la justicia federal en contra de una ley o un tratado internacional. No consideramos abierto a discusión o sujeto a opiniones la procedibilidad del

---

<sup>211</sup> Se distingue entre *Legitimatío Ad Processum* y *Legitimatío Ad Causam*, entendiéndose el primero como el posicionamiento de la persona facultada para presentarse e impulsar el proceso, sea en su nombre o en el de otro y el segundo como el posicionamiento procesal definido por la relación material que concretamente se discutirá en el medio de heterocomposición. Rodríguez Gaona, op. cit. pág. 44.

amparo en contra de tratados internacionales por lo que pasaremos a tratar el siguiente punto, la legitimación *ad causam* del inversionista mexicano.

En principio hemos señalado que el inversionista mexicano es efectivamente afectado de forma directa en su esfera jurídica por el inequitativo trato que recibe frente a su contraparte, el inversionista TLCAN, derivado de la aplicación de ese tratado. Ahora bien, haciendo un análisis más profundo podemos encontrar que lo anterior no es tan claro y evidente por las siguientes razones:

1. De acuerdo con los principios del derecho internacional, el Capítulo XI del TLCAN no le es aplicable en ningún caso al inversionista mexicano en México. Por lo tanto el inversionista mexicano carece de interés jurídico para solicitar la anticonstitucionalidad del Capítulo XI del TLCAN, ya que no existe un acto de aplicación o una obligación impuesta al gobierno mexicano de aplicar el TLCAN a un mexicano. Tampoco puede argüir que la Ley de Expropiación es anticonstitucional ya que en sus términos no lo es, y solo cuando se le compara con los términos del Capítulo XI del TLCAN se puede considerar su anticonstitucionalidad. Sin embargo, se puede argumentar que la aplicación de ambos ordenamientos en su conjunto es anticonstitucional por violar la garantía de igualdad ante la ley y por lo tanto, el inversionista mexicano podría acceder al juicio de amparo.
2. Aceptando el argumento de que la aplicación conjunta de la Ley de Expropiación y el Capítulo XI del TLCAN a casos similares, causan la violación a la garantía de igualdad, debemos ahora probar de forma clara que existe una afectación a la esfera jurídica del inversionista mexicano. Este argumento se debe hacer en el sentido de que al obtener el inversionista TLCAN un beneficio en tiempo y en recursos procesales, el inversionista mexicano es afectado de forma directa por este hecho. Al señalar que el inversionista TLCAN recibe mayores beneficios derivados del Capítulo XI del TLCAN por un mismo hecho (el decreto expropiatorio), el inversionista mexicano sufre la violación a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.



3. Tomando en cuenta lo anterior, podemos pensar que los conceptos presentados en los puntos anteriores son suficientes para obtener la aceptación de la demanda de amparo en contra del Capítulo XI de TLCAN. Debemos ahora pasar a la determinación de qué solución puede otorgar un juez de amparo a la inconstitucionalidad del capítulo en comento por las razones antes aducidas. De acuerdo con los principios de relatividad y de la naturaleza declarativa de la sentencia, la sentencia de amparo se nos presenta en el mejor de los casos como una declaración *intuitu personae* de la inconstitucionalidad de un determinado acto de autoridad (incluyendo leyes, tratados y actos de autoridad en sentido estricto). De modo que la sentencia de amparo en el caso que nos ocupa señalaría que el Capítulo XI del TLCAN es inconstitucional y por lo tanto que no debe darse su aplicación en contra del quejoso. Pero en el caso que nos ocupa, la inconstitucionalidad radica precisamente en la no aplicabilidad de los preceptos del Capítulo XI del TLCAN a los inversionistas mexicanos. De modo que una sentencia de amparo en este sentido no tendría los efectos deseados.

Ahora bien, podemos pensar que la sentencia de amparo señalase que el capítulo de inversión, por ser inequitativo, no se debe aplicar a los inversionistas TLCAN. Esta solución, aunque posiblemente ideal, es inoperante ya que el amparo solo se refiere al quejoso y no puede restringir la esfera jurídica de terceros. Cuantimás si se considera que el inversionista TLCAN ni siquiera es tercero perjudicado en este hipotético juicio de amparo.<sup>212</sup> Además, de darse este supuesto México sería sujeto de responsabilidad internacional por el incumplimiento del TLCAN.

---

<sup>212</sup> La Ley de Amparo es muy clara al señalar en el artículo 5º fracc. III, que se considera como tercero perjudicado a: "(i).- La contraparte del agraviado cuando el acto reclamado emana de un juicio o controversia que no sea del orden penal, o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento; (ii) el ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstas afecten dicha reparación o responsabilidad; y, (iii) la persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o del trabajo; o que, sin haberlo gestionado, tengan interés directo en la subsistencia del acto reclamado."

Finalmente se puede considerar una sentencia en la que se ordena la aplicación del Capítulo XI del TLCAN a un inversionista mexicano. Esta solución, por más popular que pueda llegar a parecer, resulta inconsistente tanto con los principios del juicio de amparo antes señalados como con la práctica de derecho internacional imperante. Los jueces de amparo no pueden ordenar la aplicación de un ordenamiento que por su naturaleza no es aplicable al caso. Tampoco pueden ordenar al gobierno mexicano a someterse a un juicio arbitral ni a sujetarse a los lineamientos del TLCAN, ya que esa función es eminentemente legislativa, de competencia exclusiva del órgano legislativo.

Lo anterior se basa desde luego, en un análisis simplista del juicio de Amparo. No toma en cuenta la riqueza de este procedimiento, ni repara en sus peculiaridades. Sin embargo y a pesar de ser en extremo básico, consideramos que plantea correctamente las dificultades que encontrará cualquier profesional del amparo al tratar de hacer efectiva la garantía de igualdad consagrada en la Constitución mediante el juicio de amparo. Es posible, que del estudio más minucioso y de la búsqueda por los rincones del cuadro legal del juicio de amparo se encuentre una respuesta distinta y tal vez, justa y pertinente. Sin embargo, pensamos que dicho estudio en lugar de obtener una feliz solución al problema planteado, encontraría más y mejores razones por las que el juicio de amparo hipotético aquí ideado, es improcedente, inoperante o irresoluble en sus términos.

Este planteamiento no pretende describir o analizar el juicio de amparo, tampoco pretende precisar sus principios o desentrañar sus contradicciones. En sí, solo pretende cerrar un círculo que comenzó al principio de este trabajo en el que se intentó determinar si el trato que recibe un inversionista TLCAN de acuerdo con el Capítulo XI del TLCAN, y en particular las disposiciones relacionadas con la expropiación y su sección B, es equitativo respecto del trato que recibe un mexicano en México en una situación relacionada. Ya que consideramos que un trabajo en el que se establece la inconstitucionalidad de una norma, debe de hacer siquiera una breve referencia a los medios legales para atacar dicha inconstitucionalidad. Espero que los resultados aquí plateados<sup>213</sup> sirvan de base y apoyo a futuros esfuerzos de análisis del TLCAN y

---

<sup>213</sup> Sincero y especial agradecimiento merece el trabajo del Lic. González de Cossío por su valiente disposición y sesudo análisis.

otros tratados de libre comercio y contribuya en el análisis propositivo de los cambios necesarios a nuestra Ley de Amparo para obtener la real protección de todos los derechos y garantías constitucionales.

## CONCLUSION

Este trabajo comenzó señalando los tiempos en los que vivimos. La globalización parece ser el tema principal de todos los noticieros y el tema de conversación y análisis de la intelectualidad mundial. Como resultado de esta globalización y de este mundo globalizante, México se ha venido enfrentando a problemas y retos tan variados como novedosos. La respuesta que le ha dado nuestro país a estos estímulos ha sido ora sensata ora temerosa, pero siempre (o en todo caso desde Miguel de la Madrid) tendiente a la incorporación de México dentro de este nuevo esquema mundial.

Como resultado de esta tendencia encontramos sendos cambios en nuestro sistema jurídico, en lo formal como en lo sustancial, en lo adjetivo y en lo sustantivo. Los principios que antes considerábamos como rectores de la vida jurídica nacional, ahora los vemos como viejos atavismos de un pasado revolucionario gustosamente olvidado. Las bases de nuestra vida jurídica como la Cláusula Calvo o el nacionalismo económico, han pasado a ser inconvenientes para la vida económica y corporativa actual; su vigencia ha quedado relegada, en el mejor de los casos, a un vacío discurso populista electoral.

La necesidad del cambio nos llevó a modificar nuestra política económica de una economía cerrada con sustitución de importaciones a una economía abierta con una fuerte dependencia en las importaciones y en el capital extranjero. En este nuevo orden mundial como lo llamo entonces Presidente de Estados Unidos de América, George Bush, México necesitaba encontrar reglas claras de convivencia con los demás miembros de la comunidad internacional.

La anterior situación y la necesidad de encontrar mejores mercados para nuestros productos nos llevó o, tal vez nos orillo, a buscar socios comerciales permanentes con los que el intercambio económico se diera bajo reglas imparciales y claras. Es así como encontramos imperativo el celebrar, cuanto antes, un tratado de libre comercio con nuestros poderosos vecinos del norte. Imperiosa necesidad que no admitía excusas ni tropiezos, se tenía que firmar ese tratado de libre comercio para lograr estabilidad interior y presencia exterior.

Sin embargo, fue esa misma presión por celebrar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte lo que posiblemente llevó a nuestro país a tomar decisiones en cuanto a su contenido, alcance, términos y condiciones muy distantes y por encima de la realidad jurídica mexicana. Una de estas decisiones que no encuadran dentro del sistema jurídico mexicano actual es el contenido de su Capítulo XI, de la Inversión. Este Capítulo presenta fundamentalmente un problema; otorga un trato mas favorable a un inversionista de un Estado Parte respecto de sus inversiones en otro Estado Parte, que no otorga a los nacionales del Estado anfitrión de la inversión.

Este trato desfavorable es precisamente la tesis de este trabajo, intentando dilucidar las posibles consecuencias de esta diferencia en el trato dentro del sistema jurídico mexicano. Nuestro estudio confrontó el contenido del Capítulo XI del TLCAN con la legislación mexicana aplicable y examinó las distintas teorías que existen relacionadas con la garantía de igualdad y la igualdad ante la ley. Luego intentamos, aunque de forma muy superficial y somera, precisar las consecuencias y posibilidades específicas de impugnación que una situación derivada de la confrontación entre el Capítulo XI del TLCAN y la legislación mexicana aplicable pueda generar.

El Capítulo XI del TLCAN le es aplicable a todos los inversionistas de un Estado Parte en relación a sus inversiones en los otros Estados Parte. En general el Capítulo XI se refiere al trato que deben recibir las inversiones o los inversionistas de un Estado Parte en otros Estados Parte. En su mayoría este capítulo busca equiparar a los inversionistas de un Estado Parte con los inversionistas nacionales del país receptor de la inversión. Este objetivo es por demás loable, y de grandes beneficios para México ya que establece reglas claras que le permiten al inversionista mexicano acceder a un mercado tan importante como lo es el de Estados Unidos de América. Esto resulta claro al analizar la existencia de un medio de impugnación supraestatal que permitirá a los inversionistas mexicanos resolver sus diferencias en un medio imparcial.

Sin embargo, el Capítulo XI del TLCAN no otorga beneficio alguno al inversionista mexicano en México. Esto es, un mexicano que no tiene inversiones en otro país TLCAN, no recibe beneficio alguno. Los tratados internacionales en general no le son aplicables a los nacionales

del país signatario. Esta situación no resulta extraña ni controvertida, ya que en la mayoría de los casos, esos tratados no se refieren a hipótesis relacionadas con la práctica y vida individual sino estatal. Pero en el caso del Capítulo XI del TLCAN, nos enfrentamos a un tratado que tiene repercusiones directas en la vida y práctica comercial de los individuos. Alterando y distinguiendo entre relaciones con inversionistas mexicanos y relaciones con inversionistas TLCAN.

Como se presentó en páginas anteriores, la situación que guarda un inversionista mexicano en México frente a la que guarda un inversionista TLCAN en México es sustancialmente la misma. Ambos, en principio, están sujetos a la misma normatividad y no existe en la naturaleza de sus actividades una separación o distinción derivada de su calidad uno de nacional y otro de extranjero. O dicho de otra forma, un inversionista es un inversionista, sin importar su nacionalidad, y cualquier distinción que se haga es artificial y no derivada de sus actividades comerciales.

De modo que si estamos frente a dos entes que fundamentalmente llevan a cabo los mismos actos, y uno resulta ser nacional de un Estado Parte del TLCAN, *ipso facto* recibe beneficios no asequibles por un inversionista mexicano. Es decir no recibe un trato de nacional, sino que recibe un trato preferencial. Los ejemplos de este trato preferencial están señalados a lo largo de este trabajo, pero se pueden resumir básicamente en dos: (i) la posibilidad de acceder al arbitraje, aún cuando ya se han agotado los medios legales internos, y (ii) la bifurcación de trato entre la legislación interna y la normatividad TLCAN en materia de expropiaciones.

La Constitución establece en sus artículos 1, 2, 4, 12, 13 y 28, la exigencia de igualdad ante la ley. Esta exigencia resulta evidentemente violentada cuando se presenta un caso en el que tanto un inversionista TLCAN como un inversionista mexicano se ven afectados por un mismo acto de autoridad. En este caso, las posibilidades y recursos legales a los que puede acceder el inversionista TLCAN son mayores y mucho más favorables tanto cuantitativa como cualitativamente a los que puede acceder el inversionista mexicano.

El imperativo de igualdad reside finalmente en un requisito de justicia, ya que un país que se permita crear un fuero especial para que el inversionista extranjero no se vea afectado por los tribunales y las cortes del país receptor de la inversión, es un país que ha renunciado a brindarle un sistema jurídico justo a sus propios nacionales. La igualdad implica el otorgamiento de un trato similar a aquellos sujetos que se encuentran en situaciones iguales. También conlleva la necesidad de dar un trato distinto a los sujetos que se encuentran en situaciones diferentes. La desigualdad por otra parte se puede definir como el tratar desigual a los iguales e igual a los desiguales.

Toda vez que la Constitución mexicana establece como uno de sus pilares a la garantía de igualdad, y ya que los tratados internacionales deben de estar de acuerdo con sus postulados so pena de ser anticonstitucionales y por lo tanto inaplicables, resulta teóricamente posible impugnar el contenido del Capítulo XI del TLCAN basándonos en su contraposición con esa garantía. Sin embargo dada la naturaleza misma de la garantía de igualdad, la distinción en el trato no permite encuadrar claramente la evidente violación a la igualdad ante la ley con los requisitos de procedibilidad del juicio de garantías.

Es de suma importancia por lo tanto, comenzar a realizar una revisión profunda y seria de nuestra legislación con el objeto de modificar, reformar y crear los mecanismos de justicia y equidad que nos permitan proteger al individuo y a la colectividad de ataques y violaciones a aquellos derechos y garantías fundamentales que, como es el caso de la garantía de igualdad, resulta difícil lograr su protección y vigilancia.

## BIBLIOGRAFÍA

Adame Goddard, Jorge. "Relaciones entre el Tratado de Libre Comercio y la Legislación Mexicana", *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre de Derecho, Año 16, No. 16, 1992.

Agravio Indirecto. No da ningún derecho al que lo sufre para recurrir al Juicio de Amparo. Jurisprudencia: Apéndice 1975, 8º Parte, Pleno y Salas, Tesis 26.

Bazdresch, Luis. Garantías Constitucionales. 1ª ed., México D.F., Trillas, 1994.

Bercaw, Christopher C. "El TLC ¿Un Tratado de Libre Inversión?", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 18, Año 18, 1994.

Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 8ª ed., México D.F., Porrúa, 1992.

Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. 30ª ed., México D.F., Porrúa. 1998.

Campillo, Aurelio. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Mexicano, Jalapa, La Económica. 1928.

Carpizo, Jorge. Estudios Constitucionales, 3ª ed., México D.F., Porrúa, 1991.

Castro, Juventino V. Garantías y Amparo, 10ª ed. México D.F., Porrúa, 1998.

Ciscomani Freaner, Francisco. "Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Inversión y Solución de Controversias," *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México D.F., Tomo 10, 1993.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Contreras Vaca, José Francisco. Derecho Internacional Privado, Parte General. Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 2ª ed., México, D.F., Harla, 1996.

*Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda.*

Cossío D., José Ramón "Cuestiones Constitucionales, La Nueva Jerarquía de los Tratados Internacionales," *Este País*, No. 107, Febrero de 2000.

Debates del Congreso Constituyente de 1916. 10ª sesión ordinaria celebrada la tarde del martes 12 de diciembre de 1916) En *Leyes Fundamentales de México (1808-1997)* Dirección de Efemérides de Felipe Tena Ramírez, 20ª ed., actualizada, México D.F., Porrúa. 1997.



Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, Antecedentes y Evolución de los Artículos 1 al 15 Constitucionales, Juan Zurita Lagunes (al cuidado de), Vol. II, México D.F., XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, 1969.

Duguit, L. Manual de Derecho Constitucional, Madrid, 1926, pág. 4 (trad. de José Acuña); citado en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XIV, Bibliográfica OMEBA, Driskill, S.A., Buenos Aires, 1982.

Enríquez Jr., Ernesto. Defensa del Tratado México-Norteamericano sobre Ríos Internacionales. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946.

Esquivel Obregón, Toribio. Impugnación del Tratado de Aguas. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946.

Fix Fierro, Héctor, "Comentario al artículo 1 de la Constitución." en AAVV, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. Cámara de Diputados, México D.F., Miguel Angel Porrúa, 1996.

García Ramírez, Sergio. "Comentario al Artículo 15 Constitucional," en AAVV, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. Cámara de Diputados, México D.F., Miguel Angel Porrúa, 1996, tomo III.

González de Cossío Guadalajara, Francisco. Problemas Constitucionales que Presenta Capítulo XI (Inversión) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho, México D.F., Universidad Iberoamericana, 1996.

González Uribe, Héctor. Teoría Política, 7ª ed., México D.F., Porrúa 1989.

Hauriou, André; Gicquel, Jean; y Gélard, Patrice. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Biblioteca de Ciencia Política, Colección Demos, 2ª ed. Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1980.

Herrera y Lasso, Manuel. Puntos de Vista Preliminares sobre el Tratado. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VIII, núm. 30, abril-junio de 1946.

Ley sobre la celebración de los Tratados.

Ley de Inversión Extranjera

Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Nacionalidad.

Loretta Ortiz Ahlf. Derecho Internacional Público, 2.ª ed., México D.F., Harla, 1993.

Los Derechos Humanos. Un Enfoque Regional. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (NS), Año XXX, No. 90 Septiembre-Diciembre 1997.

“Los tratados en el orden legal mexicano”, *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1962.

Novena Epoca. Pleno Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VI, Septiembre de 1997., Tesis: P. CXXXV/97.

Ortega Deciga, Ernestina. Interpretación del Artículo 13 Constitucional, Tesis Licenciatura de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNAM. 1941

Patiño Manffer, Ruperto. “Comentario al artículo 133 de la Constitución.” en AAVV, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. Cámara de Diputados, México D.F., Miguel Angel Porrúa, 1996

Pérez Miranda, Rafael “Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) y la Inversión Extranjera (México).” *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Tomo 18 Año 18. 1994.

Pol. VII,3, 1325<sup>b</sup> (Tr. inglesa de M.A. Rackham, The Politics of Aristotle, London, William Heinemann, Ltd., 1932.)

Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado, 27ª ed., México D.F., Porrúa, 1994.

Radbruck, Gustavo, Filosofía del Derecho, Madrid, 1959.

Rodríguez Gaona, Roberto. “La Tutela de los Derechos Fundamentales a través del Amparo, un reto para el Siglo XXI,” , *Lex, Difusión y Análisis*, 3ª Epoca, Año V, Septiembre 1999, No. 51.

Sayeg Helú, Jorge. Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano, México D.F., Porrúa, 1987.

Schachter, Oscar. International Law in Theory and Practice Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991.

Semanario Judicial de la Federación 6ª. época, vol. XCVIII, tercera parte.

Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, 28ª ed., México D.F., Porrúa, 1994.

Tratado de Libre Comercio entre México, Venezuela y Colombia.

Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica

Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia

Tratado de Libre Comercio entre México y Nicaragua.

Vázquez Pando, Fernando A. y Ortiz Ahlf, Loreta. Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Colección de Ensayos Jurídicos. 1ª ed., México D.F., Themis. 1994.

Vázquez Pando Fernando. “Jerarquía del Tratado de Libre Comercio en el Sistema Constitucional Mexicano”, *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, Universidad Iberoamericana, México.