

Las limitaciones a la propiedad privada de inversión extranjera como mecanismo para realizar el derecho a la alimentación*

Dra. Marlen LEÓN GUZMÁN (Coordinadora)

Dr. Luis Felipe ARAUZ CAVALLINI

Dra. Marcela DUMANI ECHANDI

Dr. Hugo A. MUÑOZ UREÑA

Est. Sofía BARQUERO MATA

**Les limites à la propriété privée de l'investissement étranger comme
mécanisme pour la mise en œuvre du droit à l'alimentation**

**Limitations to private property foreign investment as a mechanism for doing
the right to food**

**As limitações da propriedade privada ao investimento estrangeiro como
mecanismo para a implementação do direito à alimentação.**

对外商投资私有财产权的限制：以食品权实施机制为例

Este estudio (20 de octubre 2013) fue preparado por la Dra. Marlen León Guzmán, profesora asociada de la Facultad de Derecho; el Dr. Hugo Alfonso Muñoz Ureña, profesor asociado de la Facultad de Derecho el Dr. Luis Felipe Arauz Cavallini, ExDecano de la Facultad de Ciencias Agroalimentarias; la Dra. Marcela Dumani Echandi, profesora de la Escuela de Nutrición; todos docentes e investigadores y miembros de la Comisión Institucional de Seguridad Alimentaria y Nutricional de la Universidad de Costa Rica. Igualmente participó como investigadora, la estudiante de la carrera de Licenciatura en Derecho, Bach. Sofía Barquero Mata. Colaboró en la búsqueda bibliográfica y estadística la estudiante-asistente de investigación Mariel Merayo Ramírez, quien participó en el estudio de la jurisprudencia constitucional costarricense. De manera muy especial, agradecemos a las señoras Marina López de la comunidad Guatsi y Maruja Mayorga de la comunidad de Shiroles, ambas líderes indígenas Bribri de Talamanca de Limón, por el tiempo, la atención y el espacio que nos brindaron para documentar sus experiencias. Finalmente, agradecemos al Observatorio Latinoamericano del Derecho a la Alimentación por el importante espacio académico abierto para el estudio de estos temas.

Résumé

Cette étude met en évidence la confrontation entre le droit de propriété individuelle et l'intérêt public de garantir la sécurité alimentaire, lorsque des limites d'usage des sols sont institués pour faciliter la réalisation du droit à l'alimentation. L'orientation méthodologique a été définie sur la base d'une étude de cas, de l'analyse et synthèse de la doctrine, de la législation et de la jurisprudence nationale et internationale; ce qui correspond à une approche mixte de recherche où les aspects qualitatifs et interdisciplinaires sont favorisés.

L'idée principale de cette étude est qu'il est possible d'établir des limites pour l'usage du sol touchant l'investissement étranger direct, sans que le trésor public ne se voie compromis par des indemnités excessives fixées dans le contexte des arbitrages internationaux. La principale conclusion est que, dans l'état actuel des choses, il n'est pas possible de donner des réponses catégoriques à la question. Il est plus réaliste de parler des orientations de la jurisprudence et des thèses doctrinales dominantes. Quoiqu'il en soit, il faudra porter un regard attentif sur l'évolution pratique de la question pendant les prochaines années, en particulier en ce qui concerne le phénomène de l'accaparement des terres, la signature de nouveaux accords bilatéraux de protection de l'investissement et une tendance marquée au recours à l'arbitrage international.

Resumen

El estudio presentado pone de manifiesto la confrontación del derecho de propiedad individual frente al interés público de atender la seguridad alimentaria, esta-

Abstract

The study presented demonstrates the confrontation of individual property rights against public interest to address food security, territorial limitations established by this law, in favor of the realization of the right to food. The methodological orientation was defined as a case study and analysis – synthesis of the doctrine of comparative law, legislation and national and international jurisprudence, corresponding to a joint research perspective where the qualitative approach is favored. It has also been referred to an element of interdisciplinary order.

The main thesis of this study is that it is possible by territorial limitations on foreign direct investment without exposing public finances to excessive compensation in the context of international arbitration. The main conclusion is that categorical statements should not be made on the matter. It is more realistic to speak of case law or guidelines dominant thesis in doctrine. In any case, it is recommended to keep a watchful attitude towards developments of the subject in practice for years. In particular, we suggest regarding the phenomenon of land grabbing, the signing of new BITs and trends in international arbitration.

Resumo

O presente estudo coloca em relevo o confronto entre o direito de propriedade individual e o interesse público de atender a segurança alimentar ao se esta-

bleciendo limitaciones de orden territorial a este derecho, a favor de la realización del derecho a la alimentación. La orientación metodológica se definió a partir de un estudio de casos y el análisis-síntesis en derecho comparado de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional, correspondiendo a una perspectiva mixta de investigación donde se privilegia el enfoque cualitativo e interdisciplinario.

La tesis principal de este estudio reside en que es posible establecer limitaciones de orden territorial a la inversión extranjera directa sin exponer la hacienda pública a indemnizaciones excesivas en el contexto de arbitrajes internacionales. La conclusión principal consiste en que no deben hacerse afirmaciones categóricas en la materia. Resulta más realista hablar de orientaciones de la jurisprudencia o de tesis dominantes en la doctrina. En todo caso, se recomienda mantener una actitud atenta hacia los desarrollos de la temática en la práctica, durante los próximos años. En particular, con respecto al fenómeno del acaparamiento de tierras, a la firma de nuevos TBI y a las tendencias en el recurso al arbitraje internacional.

belecerem limites de uso do solo com vistas a facilitar a realização do direito à alimentação. A orientação metodológica definiu-se por um estudo de caso, a análise e síntese da doutrina, da legislação e da jurisprudência nacional e internacional; isso corresponde a uma abordagem mista de pesquisa em que se privilegiam os aspectos qualitativos e interdisciplinares.

A ideia principal deste estudo reside na possibilidade de estabelecer limitações ao uso do solo que afetam os investimentos estrangeiros diretos sem expor a fazenda pública a indenizações excessivas fixadas no contexto das arbitragens internacionais. A conclusão principal consiste em que, no estado atual das coisas, não é possível fazer afirmações categóricas sobre o assunto. É mais realista falar de orientações jurisprudenciais ou de teses dominantes na doutrina. Em todo caso, cumprir-se deve estar atento aos desenvolvimentos práticos da questão durante os próximos anos, em particular com respeito ao fenômeno de concentração de terras, à assinatura de novos acordos bilaterais de investimentos e a uma acentuada tendência no recurso à arbitragem internacional.

摘要

本研究聚焦私人财产权与确保粮食安全公共利益之间的冲突问题，特别是对土地使用权设限以促进食品权的实施问题。本文采用案例分析、理论分析与综述、国家与国际立法与司法判例分析的综合性研究方法，尤其注重定性分析和跨学科的方法。

本研究提出的主旨是：可以对涉及外商直接投资的土地使用设限，从而让公共财政不受国际仲裁的过度补偿。本文的主要结论是：就这一问题的现状而言，答案尚无定论。更现实的做法是考察司法判例和主流学说的观点。不论怎样，都应密切留意这一问题未来几年在实践中的发展，特别是涉及土地取得、签署新的投资保护双边协议以及国际仲裁的趋势等。



Tabla de contenido

Introducción.....	353
I. La divergencia conceptual de las limitaciones al derecho de propiedad en el Derecho Constitucional costarricense y en el régimen de protección de la inversión extranjera	360
A. Las limitaciones al derecho de propiedad en el sistema jurídico costarricense	361
1. La justificación social de las limitaciones al derecho de propiedad en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.....	363
a. La evolución conceptual de las limitaciones del derecho de la propiedad: De un derecho absoluto y estático a un derecho relativo y dinámico	364
b. La función social de la propiedad	365
2. La graduación del sistema de limitaciones al derecho de propiedad.....	368
a. Las limitaciones internas o externas	368
b. La afectación total o parcial como resultado de las limitaciones externas	369
B. La inconsistencia entre los regímenes de limitaciones al derecho de propiedad privada y el de protección de la inversión extranjera directa	370
1. El contenido jurídico y no jurídico del concepto de inversión extranjera directa	372
2. La inversión como una forma de propiedad.....	374
II. Las limitaciones a la IED por medio de la regulación del ordenamiento territorial: ¿podrían constituir situaciones asimilables a una expropiación?.....	377
A. La posible equivalencia de las medidas de ordenamiento territorial a la “expropiación indirecta”	379

1. El contenido de la expropiación	380
a. Las condiciones en que opera la expropiación.....	382
b. Las formas de expropiación.....	384
2. Las medidas gubernamentales que no configuran una expropiación indirecta	385
a. El grado de limitación del derecho de propiedad	385
b. El interés público como fundamento de las medidas reglamentarias	388
B. La potestad del Estado de reglamentar como justificación para limitar el derecho del inversionista sin necesidad de indemnizarlo	389
1. El principio de soberanía como base de la potestad estatal de reglamentar.....	389
2. La reglamentación: una actividad ordinaria del Estado que no genera per se una obligación de indemnizar	393
Conclusiones	397

Tabla de Abreviaturas

AMI	Acuerdo Multilateral de Inversiones
BM	Banco Mundial
CAFTA-DR	Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement
CANAPEP	Cámara Nacional de Productores y Exportadores de Piña, Costa Rica
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias a Inversiones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CISAN	Comisión Institucional de Seguridad Alimentaria y Nutricional de la Universidad de Costa Rica
CNB	Cámara Nacional de Bananeros
FAO	Organización de la Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de la OMC
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IED	Inversión Extranjera Directa
INEC	Instituto Nacional de Estadística y Censos. (Costa Rica)
LOA	Ley Orgánica del Ambiente
LPU	Ley de Planificación Urbana
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OCDE	Organization for Economic Co-operation and Development
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OT	Ordenamiento territorial
SPS	Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias
TBI	Tratados Bilaterales de Inversión
TI	Tratados Internacionales
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UCR	Universidad de Costa Rica



En 1996 el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación estableció las condiciones en las cuales se considera que existe seguridad alimentaria¹. Según este texto, existe seguridad alimentaria “...cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana.”² De lo anterior se extrae que la seguridad alimentaria requiere de la convergencia de, al menos, tres condiciones³: 1) del acceso físico, económico y permanente a los alimentos; 2) de la inocuidad y el carácter nutricional de estos y 3) de la suficiencia de los alimentos para que las personas puedan llevar una vida sana y activa. Asimismo, puede determinarse también que la seguridad alimentaria concierne dos elementos, uno de naturaleza subjetiva (las personas) y otro de naturaleza objetiva (los alimentos).

Por una parte, la seguridad alimentaria se refiere a las características que deben tener los alimentos. Así, por ejemplo, es necesario que estos sean inocuos, que no produzcan efectos dañinos en las personas y deben proveerse en cantidades suficientes. Por otra parte, la noción de seguridad alimentaria remite indirectamente a una serie de condiciones con las que deben contar las personas para poder alimentarse: tener acceso a recursos económicos para adquirir alimentos, lo que implica contar con una fuente de ingresos, el trabajo, la tierra, entre otros recursos, todo ello para completar el contenido material del derecho a la alimentación.⁴

¹ Nuestro estudio parte de la distinción conceptual entre el Derecho a la Alimentación y la Seguridad Alimentaria. En este sentido ver, León, M. 2012. *Desafíos jurídicos e institucionales para la seguridad alimentaria*. FLACSO, San José, Costa Rica. En curso de publicación.

² FAO. *Plan de Acción de la Cumbre Mundial de la Alimentación*. Roma, 13 de noviembre de 1996. <http://www.fao.org/docrep/003/w3613s/w3613s00.htm>

³ La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura (FAO) y la Alimentación reconoce cuatro pilares: la disponibilidad, la estabilidad del suministro, el acceso y la utilización. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Ver sobre este punto, FAO. *Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. Directrices aprobadas por el Consejo de la FAO en su periodo n° 127 de sesiones, noviembre 2004, p. 14, &15.

⁴ Sobre este punto, ver principalmente la Observación general n° 12. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al derecho a una alimentación adecuada en el marco de la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

De tal manera, se vislumbra que el contenido de este derecho⁵ es sumamente amplio. Para efectos del presente estudio, el análisis se concentrará en uno de los aspectos que lo conforman: **el acceso a la tierra**. Resulta evidente que la producción de alimentos está íntimamente vinculada con el acceso a terrenos cultivables, donde hay disponibilidad de agua suficiente para el riego y que reúnan las condiciones naturales para la siembra y, finalmente, la obtención de alimentos y materias primas para su elaboración. Ahora bien, el acceso a la tierra puede darse a través de diferentes y variadas formas de derechos, entre los cuales se encuentran la propiedad inmueble, las concesiones y los arrendamientos de terrenos.

En el contexto del presente estudio, interesan particularmente los derechos que protegen el acceso a la tierra por parte de personas extranjeras que son calificadas como inversionistas (o inversores). Estos inversionistas adquieren derechos masivamente que les permiten explotar grandes extensiones de terrenos cultivables, dedicándolos exclusivamente a la siembra de cierto tipo de cultivos y privilegiando un esquema agrícola de monocultivo. Todo lo anterior, apoyado por políticas públicas de atracción de la inversión extranjera directa (IED)⁶.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales. Documento n° 1 a n° 19: HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I); N° 20: E/C.12/GC/20; N° 21: E/C.12/GC/21 http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1._obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN12. Consultado el 25 de julio 2013.

⁵ Los instrumentos internacionales que lo contemplan, expresamente, son:

I) La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25, inciso, 1. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25, inciso, 1: Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Vigente en Costa Rica desde esa misma fecha.

II) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2. Pactos Internacionales sobre los Derechos Humanos Aprobados por Resolución N° 2200, de 16 de diciembre de 1966, Asamblea General de las Naciones Unidas: “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, y “Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Publicado en la Gaceta N°288 del 17 de diciembre de 1968. Ley N° 4229.

III) Carta de las Naciones Unidas, artículos 55 y 56. Ley N°142 del 1 de agosto de 1945. Vigente desde el 29 de agosto de 1945.

⁶ Debemos señalar que la inversión extranjera, sea directa o indirecta, es abordada en dos niveles diferentes: bilateral y multilateral. En primer lugar, el contexto multilateral la inversión extranjera se encuentra regulada por el Acuerdo sobre Medidas en Materia

Siguiendo en parte este fenómeno de inversión extranjera en agricultura, en Costa Rica se dedica una parte importante de las tierras agrícolas al cultivo de piña, de palma aceitera, de melón y de banano, entre otros monocultivos. Estas explotaciones agrícolas tienen lugar principalmente en zonas rurales, y las poblaciones que allí habitan se caracterizan por los índices de pobreza más altos y de desarrollo social más bajos. Un ejemplo de esta situación es la Región Huetar Norte (ubicada al norte del país) donde se concentra el 51% de la producción nacional de piña (CANAPEP, 2012, §1.) y, al mismo tiempo, el 24,64% de los hogares ubicados en la zona se encuentra en condición de pobreza (INEC, 2012, §1). Debe señalarse también que, de los siete cantones que conforman esta región, tres de ellos –Sarapiquí, Guatuso y Los Chiles– están dentro de las últimas ocho posiciones en el índice de Desarrollo Humano cantonal (PNUD, 2012, p.3).

En estas circunstancias socioeconómicas, la seguridad alimentaria de las poblaciones aledañas no se encuentra garantizada. A pesar de que la actividad agrícola de producción de alimentos es muy importante en la zona, se trata de un monocultivo que no permite la satisfacción de las

de Inversión en el Comercio de la OMC. Continuando en este ámbito las actividades de la Agricultura se regulan por medio del Acuerdo sobre la Agricultura. En consecuencia, no es posible afirmar que en el contexto multilateral exista algún acuerdo específico a la inversión extranjera agrícola. Ver, OMC, *Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio*. Consultado el 12 de setiembre 2013, en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims_s.htm; y OMC. Acuerdo sobre Agricultura, consultado el 13 de octubre 2013 en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/14-ag.pdf.

En el contexto bilateral, el contenido de los Tratados y Convenios, definen de manera general el contenido y no se determina una aplicación específica a este sector.

Para profundizar sobre este aspecto ver, en particular los siguientes artículos: Collart-Dutilleul, F. 2012. *La problématique juridique de l'investissement dans les terres agricoles des pays en développement*. Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme. *Acts of the Colloquium on "Promoting Investment in Agriculture: Private Law Aspects" / Actes du colloque sur "La promotion de l'investissement pour la production agricole: aspects de droit privé"*. Unidroit, NS- Vol. XVII. 73-88; consultable en <http://www.unidroit.org/english/publications/review/contents/contents-main.htm>. También. Myers G. 2012. *Private Law and Responsible Agricultural Investment, Acts of the Colloquium on "Promoting Investment in Agriculture: Private Law Aspects" / Actes du colloque sur "La promotion de l'investissement pour la production agricole: aspects de droit privé"*. Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme. Unidroit, NS- Vol. XVII. p. 119-128. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/publications/review/contents/contents-main.htm>.

necesidades alimentarias de los pobladores. Por lo tanto, la actividad agrícola de la zona no contribuye a garantizar el derecho a la alimentación de estas poblaciones y ello por cuatro razones:

- En primer lugar, el Derecho a la Alimentación comprende el acceso a alimentos suficientes y sanos. Mientras las zonas en cuestión son altamente cultivables y son aptas para producir una gran cantidad y diversidad de alimentos, el sistema de monocultivo limita la producción a un único alimento. Este, por sí solo, no va a satisfacer las necesidades alimentarias de las personas ni en términos de cantidad, ni de aporte nutricional.
- En segundo lugar, si bien los terrenos están dedicados a una agricultura donde se producen alimentos, estos están destinados principalmente a la exportación. El consumo eventual de estos en el ámbito nacional se da cuando no cumplen con los estándares de calidad de los mercados extranjeros y, por ello, son destinados al mercado local.
- En tercer lugar, el monocultivo también limita la realización del Derecho a la Alimentación pues conlleva prácticas agrícolas que ponen en riesgo a las personas. Por ejemplo, la fumigación aérea de las plantaciones de banano y piña provoca la contaminación de las aguas, que son en sí mismas un alimento vital para las poblaciones aledañas, así como la contaminación química de otros productos alimenticios cultivados en los alrededores. Otro ejemplo lo constituye la plaga de la mosca del establo (*Stomoxys Calcitrans*) que es una consecuencia de las malas prácticas agrícolas de tratamiento de los residuos de la piña. Esta mosca afecta la salud del ganado bovino que pastorea en los terrenos cercanos, provocando incluso su muerte (Aravena, 2005: p.23). Ambos ejemplos ilustran la manera cómo el desarrollo de un monocultivo incide negativamente en otras actividades de producción de alimentos, lo que no contribuye a la realización del Derecho a la Alimentación de los habitantes de esas zonas.
- En cuarto lugar, el desarrollo de la inversión extranjera en monocultivos genera también una gran dependencia económica de los habitantes de las zonas donde se lleva a cabo, la destrucción del medio ambiente, la exposición a riesgos ambientales y sanitarios, así como a un fuerte deterioro social. Según datos estadísticos del INEC (2012, §1) en la Región Brunca (ubicada en el Pacífico Sur del país),

donde también se concentran grandes extensiones de terreno dedicadas a monocultivos, el 34,6% de los hogares está en condición de pobreza; de manera similar, en la Región Huetar Atlántica (localizada en la costa Caribe del país), que posee un 28,6% de su territorio dedicado al cultivo del banano (CNB, 2011, §1), el 26,16% de los hogares es catalogado como pobre (INEC, 2012§1).

Ahora bien, una posibilidad para contrarrestar esta situación y mejorar las garantías del Derecho a la Alimentación, es el recurso a las disposiciones de ordenamiento territorial⁷. Estas pueden encauzar la situación señalada, pero al mismo tiempo constituyen una limitación para la inversión extranjera directa, al restringir el desarrollo de un cultivo en una zona determinada. También, dichas limitaciones pueden implicar una disminución de la actividad productiva de la zona que, en muchos casos, constituye una de las fuentes principales de trabajo y por ende, de ingresos para la compra de alimentos. En la Costa Rica, un total de 28,3% de la población que labora se dedica a actividades agrícolas (agricultura, ganadería y pesca), constituyéndose estas en las principales ramas de actividad (INEC, 2012, §1).

Lo anterior deja entrever una doble confrontación de derechos. En primer término, el derecho de propiedad privada del inversionista se ve confrontado a otro derecho de propiedad, aquel de las personas que habitan en las zonas agrícolas donde se desarrolla este tipo de actividad productiva y que se pueden ver afectadas por ella. En segundo término, el ejercicio (abusivo) de ambos derechos de propiedad puede afectar el derecho a la alimentación de quienes habitan esas mismas zonas.

Se resalta esta doble confrontación por cuanto representa el objetivo general del presente estudio. En efecto, este consiste en definir si es posible limitar el derecho de propiedad del inversionista extranjero mediante el ejercicio de un *derecho de reglamentar*⁸ por parte del Estado. Este derecho

⁷ El concepto de "ordenamiento territorial" hace alusión a "la política que tiene como fin mejorar la repartición de las personas en función de los recursos naturales y de las actividades económicas (...) que se traduce en un conjunto de medidas muy diversas: urbanismo, planificación económica, orientación agrícola, descentralización industrial, expansión regional." (Cornu. *Vocabulaire Juridique*. PUF:Paris, 2007, 63. Traducción propia).

⁸ Del francés, "*Droit de reglementer*". Yannacka, C. (2004) L'expropriation indirecte et le droit de reglementer dans le droit international de l'investissement. Organisation de

comprende la gestión territorial, pero su ejercicio no daría paso a eventuales obligaciones de indemnizar al inversionista extranjero. Sin embargo, estos últimos recurren frecuentemente a la práctica de “amenazar” al Estado receptor de la inversión, con la constitución de un arbitraje internacional donde se le demandará una indemnización. Tal práctica constituye en sí misma un medio de presión importante para entorpecer la evolución de la legislación de ordenamiento territorial que podría garantizar (directa o indirectamente) el Derecho a la Alimentación. En este sentido, algunos autores (Rainer, 1999, 37; Le Maire, 2001, 71-71; Mann, 2004, 17; Chiu, 2003, 71-75) han comentado que este régimen de protección de la IED, otorga un derecho a los inversionistas a desafiar la legitimidad de la actividad pública, en campos extremadamente sensibles para la población como son, por ejemplo, el ambiente, el trabajo, la salud o la protección de los consumidores.

Con el fin de no afectar la Hacienda Pública⁹ por una indemnización al inversionista extranjero, el interés de justificar esta limitación radica en la posibilidad de establecer un mecanismo de coexistencia entre esos tres derechos, a saber: 1) el derecho del inversionista a desarrollar su actividad productiva –aun siendo un monocultivo–; 2) el derecho de propiedad de las personas que habitan esas mismas zonas; y 3) la realización del derecho a la alimentación mediante el uso y disfrute de la tierra para producir alimentos destinados al consumo local.

Para determinar la viabilidad del planteamiento, la metodología que se seguirá corresponde a una perspectiva mixta de investigación (Hernández Sampieri, 2010: p.4), donde se privilegia el enfoque cualitativo. Igualmente, se ha contemplado un elemento de orden interdisciplinario¹⁰. La metodología de investigación se compone así de dos actividades principales:

Coopération et de Développement Economiques (OCDE). Recuperado de <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/34335429.pdf>. Consulta abril 2013.

⁹ Recordemos que la reparación cubre los daños e intereses y que puede ser más alta que la compensación por la expropiación, propiamente dicha, como lo señala Manciaux, en referencia al caso conocido en el International Centre for Settlement of Investment Disputes, (CIRDI) Bernardus Henricus Funnekotter et autres c/ Zimbabwe. Manciaux, S. (2012). *Les règles du Droit des Investissement internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire?* In, *Revue Internationale de Droit Economique*, pp. 49-62, spec.56.

¹⁰ En la realización de este estudio se contó con la participación de la Dra. Marcela Dumani de la Escuela de Nutrición de la Universidad de Costa Rica y del Dr. Luis

- En primer lugar, se realizó una documentación de caso¹¹ en la zona de Talamanca¹², ubicada en la provincia caribeña de Limón¹³, con el objetivo de identificar y verificar algunas condiciones de acceso a la tierra para producción alimentaria, en coexistencia con terrenos dedicados al monocultivo de exportación.
- En segundo lugar, se realizó un análisis jurídico hermenéutico-dialéctico (Suárez de la Cruz, 1992:9, Rojas Valenciano, 2008:34) de

Felipe Arauz Cavallini, Decano de la Facultad de Agronomía; ambos docentes e investigadores de la Universidad de Costa Rica.

¹¹ Para esto se utilizó el instrumento metodológico denominado “Monocultivos y Derechos Humanos. Guía para documentar violaciones al derecho a la alimentación y la vivienda adecuadas, al agua, a la tierra y el territorio relacionadas con los monocultivos para la producción agrícola industrial”. Mosalve- Suárez, S., Silva-Emanuel, M. Monocultivos y Derechos Humanos. *Guía para documentar violaciones al derecho a la alimentación y la vivienda adecuadas, al agua, a la tierra y el territorio relacionadas con los monocultivos para la producción agrícola industrial*. FIAN Internacional; Coalición Internacional para el Hábitat. Junio 2009. Recuperado de <http://www.fian.org/es/library/publicacione/detail/monocultures-and-human-rights/>. 20 de junio 2013.

La documentación del caso consistió en dos entrevistas grupales con los líderes de organizaciones de la zona. La primera se realizó el sábado 31 de agosto en la localidad de Shiroles, en el territorio indígena Bribri, en Talamanca de Limón. La segunda se realizó el domingo el día 1 de setiembre 2013, en Bribri, Territorio Bribri de Talamanca. Las entrevistas realizada por Sofía Barquero, Marcela Dumani y Marlen León. Se abordaron los temas de la historia, experiencias y desarrollo de los monocultivos; la afectación a la producción tradicional local, los efectos en la generación de empleo, educación y desarrollo; los efectos positivos y negativos en la cultura indígena; los problemas de desalojos u ocupaciones irregulares; los conflictos por las concepciones colectiva de tierra, propia de la visión indígena frente a la concepción individual y privada del sistema occidental; la disposición de recursos naturales asociados a la tierra como agua potable, agua de riego, animales para la caza, frutas, legumbres y semillas silvestres; manejo económico de la producción y de la economía familiar y grupal, entre otros.

¹² Se determinó esta región por tratarse de uno de los cantones con menor índice de desarrollo humano (IDH) a nivel nacional y que además, ha sido históricamente una zona de desarrollo de monoculturas de cacao y plátano. El IDH del cantón de Talamanca es 0,611. Ocupa el lugar n° 80 en la lista general, solamente el cantón Alajuelita está por debajo. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2012). *Atlas del desarrollo humano cantonal de Costa Rica, 2012*. Talamanca. PNUD-UCR. Recuperado de: <http://www.pnud.or.cr/mapa-cantonal/index.html>

¹³ De la entrevista realizada a los habitantes de la zona se desprende un desarrollo histórico de monocultivos en esta zona, iniciándose a principios del siglo XIX con el cultivo del cacao para luego hacerse una migración hacia el cultivo del plátano y banano.

la normativa, jurisprudencia y doctrina local, recurriendo al estudio de los elementos del derecho internacional de la inversión extranjera.

El desarrollo del estudio consta de dos partes. En primer lugar, se aborda el tema de la divergencia conceptual de las limitaciones al derecho de la propiedad en el dos ámbitos jurídicos que interactúan en la situación descrita: Derecho Constitucional costarricense y el régimen de protección de la inversión extranjera (Parte I). En segundo lugar, se analizan las limitaciones a la inversión extranjera directa por medio de la regulación de ordenamiento territorial, para concluir si éstas constituyen o no situaciones asimilables a una expropiación, lo que podría justificar la existencia de una obligación de indemnizar por parte del Estado (Parte II).

I. La divergencia conceptual de las limitaciones al derecho de propiedad en el Derecho Constitucional costarricense y en el régimen de protección de la inversión extranjera

Una de las manifestaciones de la seguridad alimentaria es la disponibilidad de tierras para que las personas puedan producir sus alimentos. Por ello, el acceso a la tierra es uno de los factores esenciales del Derecho a la Alimentación. No obstante, si bien las políticas de inversión extranjera en agricultura han tenido efectos positivos en el desarrollo agrícola, estas también han promovido un fenómeno de acaparamiento de tierras¹⁴, que afecta la disponibilidad de este recurso para las poblaciones locales.

El acaparamiento de tierras resulta necesario para el inversionista extranjero que tiene una actividad de un solo cultivo. La inversión como tal debe ser rentable y una producción masiva es la mejor forma de asegu-

¹⁴ Muñoz-Ureña, H. (Collart-Dutilleul, F; bajo la dirección de). 2013 (en prensa). *Il faut que la maison abritant l'investissement étranger ouvre ses portes au développement durable et à la sécurité alimentaire*. In, *Penser une démocratie alimentaire*. INIDA-Charleston; Vol.1; Collart-Dutilleul, F. 2013 (en prensa). *Investissements internationaux et accaparement des terres: la recherche d'un équilibre*. In, *Penser une démocratie alimentaire*. INIDA-Charleston; Vol.1; Collart-Dutilleul, F; Op.cit. n° 6. Arroyo, G. 1983. *Les agents dominants de l'agro-capitalisme dans la chaîne de production*. In, *La gestion de ressources naturelles d'origine agricole*, sous la direction de Ph. Kann et J.Cl. Fritz, Travaux Credemi, Vol. 9. Paris: Librairies Techniques, 1983, p. 62.

rarlo. Sin embargo, se ha podido observar¹⁵ que este tipo de agricultura productivista no siempre es compatible con un desarrollo equilibrado y sostenible de la seguridad alimentaria de las poblaciones locales¹⁶.

Con el fin de encontrar un balance entre la relación de acceso a la tierra de las personas que viven en las zonas dedicadas a monocultivos y la inversión extranjera directa que los desarrolla, es necesario abordar el tema de los alcances del derecho de propiedad. En Costa Rica la propiedad está sometida a limitaciones (A) que afectan el ejercicio de este derecho, incluso si el titular es un inversionista extranjero. Lo anterior plantea una inconsistencia entre dos regímenes: el de protección de la inversión extranjera directa y el del derecho de propiedad (B).

A. Las limitaciones al derecho de propiedad en el sistema jurídico costarricense

En el sistema jurídico costarricense, el derecho de propiedad privada cuenta con una protección de rango constitucional y legal. La primera, ha sido establecida en el artículo 45 de la Constitución Política y señala:

“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.”¹⁷

En lo que interesa para este estudio, la disposición establece dos condiciones básicas en el ejercicio del derecho de la propiedad. En primer lugar, indica que este derecho puede ser limitado. En segundo lugar, señala las

¹⁵ Entrevista realizada como parte de la documentación de caso. *Supra* nº 10.

¹⁶ Collart-Dutilleul, F. *Supra* nº 13.

¹⁷ Asamblea Constituyente. Constitución Política de Costa Rica, vigente desde el 8 de noviembre de 1949. Publicada en la Colección de Leyes y Decretos, tomo2, página 724, II semestre de 1949. Consultable en http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=88326&strTipM=FN.

condiciones para que opere tal limitación: se debe indemnizar a la parte afectada; en casos de urgencia esto debe hacerse durante un periodo máximo; se aplica la reserva de ley; debe haber una necesidad pública. Se establece así que el derecho a la propiedad es inviolable¹⁸, pero no es absoluto¹⁹.

En el ámbito legal, el ordenamiento contempla este derecho en el artículo 264 del Código Civil²⁰, que establece que “El dominio o propiedad sobre una cosa comprende los derechos: 1. De posesión, 2. De usufructo; 3. De transformación y enajenación; 4. De defensa y exclusión; y 5. De restitución e indemnización.” A diferencia de la norma constitucional, que define condiciones del ejercicio del derecho, la presente norma se centra en detallar su contenido; y lo hace de forma amplia.

¹⁸ Sobre la inviolabilidad de este derecho la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha indicado: “... Nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad, uso y disposición de la propiedad, lo cual significa un límite frente al Estado- derecho subjetivo público- en el ejercicio del poder de policía”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 2050-91, considerando IV; de las nueve horas del 10 de noviembre de 1991. http://200.91.68.20/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=2&tem1=205091&nValor1=1&nValor2=549968¶m7=0&strTipM=T&lResultado=13&strLib=LIB.

En igual sentido, Sentencia de la Corte Plena de la República de Costa Rica, n° 1062-61 citada por Ramírez, M y Fallas, E. 1999. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Tomo I. IJSA: San José, p.632.

¹⁹ “En nuestro Estado Democrático de Derecho, la Constitución Política en su artículo 45 establece que la propiedad es inviolable, y que nadie podrá ser privado de la suya sino es por un interés público legalmente comprobado, siendo que el término inviolable no significa que sea absoluta, ni exenta de función social, significa solamente que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla. De este modo al elevarse a nivel constitucional el derecho de propiedad, a inviolabilidad de la misma en concordancia con la indemnización que se debe otorgar en caso de expropiación, permite la proyección de un principio general de nuestro derecho constitucional, según el cual cuando existe un interés público debidamente demostrado, el derecho patrimonial individual debe ceder frente a aquel que tiene mayor fuerza, previa indemnización concedida al propietario.” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 565-94, considerando I, de las dieciocho horas con veintinueve minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

²⁰ Código Civil de Costa Rica. Ley n° 63 del 28 de setiembre de abril de 1887. En vigencia desde el 1° de enero de 1888. Ley dictada por el Congreso Constitucional de la República de Costa Rica de 28 de setiembre de 1887. http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN.

En complemento a las disposiciones normativas, el Juez constitucional ha tenido múltiples ocasiones para referirse al contenido *básico* de este derecho, señalando que "...el contenido mínimo ha sido definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal en el caso de la propiedad privada, o para utilidad social en el caso de la propiedad pública..."²¹. De lo anterior se desprende la coexistencia entre dos tipos de propiedad, la pública y la privada. Al mismo tiempo, surge la interrogante sobre los límites al ejercicio de la última que puede imponérsele al amparo de un interés de *utilidad social* del Estado.

Resulta evidente que la propiedad privada, incluso aquella que ha sido adquirida por un inversionista extranjero para el desarrollo de un monocultivo, está sujeta al interés social del Estado. Ahora bien, la Sala Constitucional costarricense ha establecido un sistema de limitaciones al derecho de la propiedad amparado en una *justificación social (a)*. Esto permite establecer una *categorización* de esas limitaciones a partir del grado en que el derecho a la propiedad se ve limitado (*b*).

1. La justificación social de las limitaciones al derecho de propiedad en el Ordenamiento Jurídico Costarricense

La justificación de las limitaciones al derecho de la propiedad en el ordenamiento jurídico costarricense tiene dos características. En primer lugar, se debe a una evolución conceptual de este derecho, definiéndolo como un derecho *dinámico* (i). En segundo lugar, la limitación ha sido definida a partir de un criterio de función social de la propiedad (ii). Ambos factores han contribuido al establecimiento de un sistema particular de limitaciones.

²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución nº 6273-96, considerando III, de las quince horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis. En un sentido similar, este mismo órgano judicial a expresado: "El Derecho de propiedad se define como el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley y el propietario, y conceptualizándose como facultades de uso, goce y disfrute del bien, por lo que toda limitación que traspase el límite del contenido normal significa expropiación". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución nº 3617-94, considerando II de las quince horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

a. La evolución conceptual de las limitaciones del derecho de la propiedad: De un derecho absoluto y estático a un derecho relativo y dinámico

La evolución conceptual de las limitaciones al derecho de propiedad es reconocida por la Sala Constitucional costarricense a partir de un cambio en la manera como se concibe su contenido. Este tribunal ha señalado que:

“...La Misión de la ley no es hacer excepciones a la supuesta ilimitación previa de los derechos fundamentales, sino precisamente diseñarlos y definirlos a efecto de su articulación dentro del concierto social. Esto no es la excepción en el caso de la regulación del derecho de propiedad, creación indiscutible y directa del ordenamiento jurídico. Así la posición del carácter absoluto de la propiedad, como derecho ilimitado y exclusivo, sólo afectado por motivos de expropiación para construir obras públicas- única limitación admitida en el siglo pasado-, ha sido substituida por una nueva visión de la propiedad, que sin dejar de estar regulada como un derecho subjetivo, prevé que sus poderes son limitados y que además, está sujeta a deberes y obligaciones. Tales limitaciones al derecho de propiedad son producto del hecho mismo de formar parte de una colectividad, la misma que garantiza ese derecho, pero que lo somete a ciertas regulaciones con la finalidad de alcanzar un disfrute óptimo y armónico de los derechos de todos los individuos...”²²

Lo anterior confirma la evolución en la manera cómo se comprende el contenido del derecho de propiedad. Por una parte, esto se manifiesta al variarse la concepción “absoluta” que lo había caracterizado; ya no nos encontramos ante un ejercicio completo, independiente y exclusivo de este derecho²³. Más bien, su realización se restringe a una esfera que está deter-

²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 6273-96, citada *supra* n° 20.

²³ “Una concepción del derecho de propiedad privada en términos absolutos y prácticamente ilimitados, pasó a constituir el punto de apoyo básico sobre el cual se estableció el sistema occidental, consagrándose como centro básico del ordenamiento jurídico la completa intangibilidad del derecho de propiedad, por cuanto la misma implicaba el completo señorío sobre el bien, de manera absoluta, general, independiente, plena, universal, ilimitada y exclusiva. Sin embargo, tal concepto ha evolucionado, hasta llegar a proponerse la defensa de una propiedad basada en la armonía social y por un sentido social de la propiedad de la tierra. Se modifica así la base jurídica sobre la que descansa la protección de la propiedad y de ser un derecho exclusivo para el individuo, pasa a corresponderle una obligación a favor de la armónica convivencia de la sociedad.” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución

minada también por el ejercicio de los derechos de la colectividad. De esa manera se asiste a una relativización del mismo, por cuanto es necesario considerar otros derechos y nuevas limitaciones.

Por otra parte, la transformación se hace evidente al dejar de ser un derecho estático, para convertirse en un derecho dinámico²⁴. Es decir, su contenido se ha ido transformando y ha pasado de estar regido inicial y exclusivamente por un interés particular y privado, para considerar en la actualidad el interés general y público.

Si bien es claro que el titular sigue teniendo la facultad de ejercer tal derecho subjetivo, este ejercicio se encuentra ahora con nuevas limitaciones. Estas últimas no solo se determinan en razón de una actividad en concreto –como lo fue, en su momento, la construcción de obra pública–, ahora pueden ser consideradas otras actividades si estas cumplen la misma función *social*: contribuir al beneficio del interés público de la colectividad.

b. La función social de la propiedad

El derecho de propiedad parte de una concepción individual y privada. La propiedad es uno de los derechos fundamentales del individuo,

nº 4205-96 considerando V de las catorce horas treinta minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

²⁴ “Este Derecho contrariamente a como se le concebía en otros tiempos, no es de naturaleza estática sino que conforme a las exigencias de nuestro tiempo se le ha de considerar elástico y dinámico esto es, que atribuye a sus titulares, tanto interna como externamente facultades, deberes y limitaciones. El poder del propietario sobre la propiedad ha sufrido transformaciones importantes. Actualmente no solo es tutelable el derecho de los propietarios sino también diversos intereses generales o sociales que coexisten con aquel. El derecho objetivo enmarca el contenido de los derechos subjetivos.” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución nº 4857-96, considerando V, de las quince horas cuarenta y dos minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y seis. Asimismo, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución nº 1217-96 de las nueve horas treinta minutos del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis. También, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución nº 5097-93, de las diez horas veinticuatro minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres.

que deriva de su libertad y que se manifiesta, entre otros, mediante el ejercicio de sus derechos económicos. Sin embargo, esta concepción estricta ha evolucionado, lo que se plasma en la jurisprudencia constitucional que recalca la función social que cumple la tierra. La idea que subyace a la función social de la propiedad ha sido, retratada en efecto, por el tribunal constitucional cuando señala, por ejemplo, que:

“ [...] todo individuo tiene la obligación de cumplir ciertas obligaciones comunales, en razón directa del lugar que ocupa y de los intereses del grupo social que lo representa. En contenido de esta “propiedad-función”, consiste (*sic*) en que el propietario tiene el poder de emplear el bien objeto de dominio en la satisfacción de sus propias necesidades, pero correspondiéndole el deber de ponerla también al servicio de las necesidades sociales cuando tal comportamiento sea imprescindible. Con este nuevo concepto se ensanchan la atribuciones del legislador para determinar el contenido del derecho de propiedad, lo que se logra por medio de los límites y obligaciones de interés social que pueda crear, poniendo fin a su sentido exclusivo, sagrado e inviolable.”²⁵

El razonamiento expresa una concepción relativizada de la propiedad en tres aspectos fundamentales. En primer término, se contempla tanto el interés individual como el colectivo, entendidos en una relación de coexistencia, lo que implica necesariamente que el contenido del derecho de la propiedad se ve modulado por los alcances de cada uno de estos intereses. En segundo término, se amplía la posibilidad de establecer nuevas limitaciones, siempre observándose el principio de reserva legal. Finalmente, se establece un nuevo concepto de “propiedad-función”, que se define por el carácter implícito de función social de la propiedad privada.

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resoluciones nº 4205-96 y nº 4857-96, citadas *supra* nº 23.

Esta función social ha sido expresada mediante diferentes formulas: la conveniencia pública²⁶, el principio de solidaridad social²⁷, el interés social²⁸, la necesidad pública²⁹, el concierto social³⁰. En su conjunto, estas fórmulas expresan la aceptación de establecer “*sacrificios individuales*” por el bien común. Surgen así las limitaciones a la propiedad. No obstante, en el sistema jurídico costarricense las limitaciones al derecho de propiedad no operan de una manera irrestricta. La jurisprudencia constitucional ha contribuido a definir las con respecto al grado de afectación que sufre el derecho de propiedad. Se establece así una graduación del sistema de limitaciones al derecho de propiedad.

²⁶ “Acerca de la alegada violación al artículo 45 constitucional, estima esta Sala que lleva razón la Procuraduría General de la República, cuando afirma en su informe que el caso que nos ocupa, es la Ley Forestal- y no los derechos cuestionados- la que restringe, por razones de *conveniencia pública*, el derecho de propiedad, ya que el decreto número 8494-A no hace más que reiterar las limitaciones consagradas en esa normativa, de manera que lo que viene a hacer es delimitar áreas geográficas en las que se aplicará las mismas limitaciones previamente establecidas por la Ley, ...”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 1019-97, de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, considerando II. El resaltado es nuestro.

²⁷ “La Sala admite que el principio de solidaridad social, del que está imbuida nuestra Constitución, permite el gravamen soportado por todos a favor de todos inclusive de unos pocos a favor de muchos, pero como se ha descrito, con el requisito de que el uso natural del bien inmueble no sea afectado al límite de su valor como medio de producción, o de su valor en el mercado. Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en tanto el propietario reserve para sí, la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro están la parte o la función afectada por la limitación impuesta por el Estado”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 4857-96 citada *supra* n° 23. En sentido similar, Resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica n° 796-91 de las quince horas con diez minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y uno; n° 5141-94 de las dieciocho horas seis minutos del siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro; n° 4205-96 citada *supra* n° 23 y n° 2345-96 de las nueve horas veinticuatro minutos del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis.

²⁸ “En punto a la disciplina constitucional del patrimonio, sólo son admisibles las limitaciones de “*interés social*” dictadas por “*motivos de necesidad pública*” con el voto de por lo menos dos tercios del total de diputados, sea por treinta y ocho votos.” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 497-90 de las dieciséis horas quince minutos del quince de mayo de mil novecientos noventa.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 6273-96, citada *supra* n° 21.

2. La graduación del sistema de limitaciones al derecho de propiedad

Las limitaciones al derecho de propiedad no operan de manera idéntica en todos los casos. Estas se diferencian según el grado en que dicho derecho se vea restringido. En particular, se toma en cuenta la voluntad del titular del derecho, es decir, si este participa o no en la fijación de tales limitaciones. Tal criterio da paso a una categorización de las limitaciones según sean estas internas o externas (i). En cuanto al último caso, las limitaciones externas, según sea el grado de afectación al ejercicio del derecho, serán catalogadas como totales o parciales (ii).

a. Las limitaciones internas o externas

Las limitaciones internas son aquellas que se refieren “...al contenido propio o esencial del derecho de propiedad, contenido mínimo que ha sido definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal en el caso de la propiedad privada...”³¹. Es decir, los límites internos del derecho los determina el propio titular. Siempre que no afecte el derecho de otros, el titular puede disponer, usar, usufructuar el bien dentro de los límites de su libertad. Este tipo de limitaciones son definidas con fundamento en la voluntad interior y subjetiva de la persona titular del derecho. En ese sentido, no hay ninguna intervención del Estado.

Por el contrario, las limitaciones externas sí están determinadas por el Estado. Estas consisten en “limitaciones de interés social, que son de origen legislativo y de máxima importancia institucional, al requerir para su imposición la aprobación legislativa con mayoría reforzada”³². Las limitaciones externas son un efecto del ejercicio del poder de policía del Estado, que lo faculta para intervenir en razón del interés público.

Se está ante un sistema de limitaciones al derecho de propiedad que está definido, en primer término, por la voluntad del titular del derecho. Así, por cuanto no se da un condicionamiento de la voluntad del titular, el contenido interno es definido libremente por la persona. También, de ser necesario, el Estado puede imponerse a la voluntad del individuo y establecer las limitaciones a la propiedad que estime convenientes, en razón del

³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resoluciones n° 6273-96 citada *supra* n° 21; n° 4205-96, *Op. cit* n° 23 y n° 4857-96, *supra* n° 24.

³² *Ibid.*

interés público. Como resultado de estas limitaciones externas, se produce una afectación del derecho de propiedad que puede ser total o parcial.

b. La afectación total o parcial como resultado de las limitaciones externas

Partiendo de que el Estado puede establecer limitaciones externas al derecho de propiedad privada, en razón de un interés público y justificado en la función social de la propiedad, ésta puede verse afectada en mayor o menor medida. En ese sentido, el Derecho costarricense distingue entre estas limitaciones y la expropiación, atribuyéndole solamente a esta última el efecto indemnizatorio. La Sala Constitucional así lo ha confirmado al señalar que "...las limitaciones de interés social impuestas a la propiedad no son indemnizables, por no implicar expropiación, es decir, cuando la propiedad no sufre desmembraciones que hagan desaparecer el derecho. Desde luego que sí implican una carga o deber jurídico- en la propiedad con fines públicos, deber que se agrega a los poderes o facultades del propietario, pero sin desnaturalizarlos o destruirlos. Estas limitaciones deben ser de carácter general, lo que implica no solamente su destinatario..."³³ La jurisprudencia constitucional permite definir, entre otros términos, el grado de afectación del derecho a la propiedad privada y su efecto en términos de indemnización.

El aspecto de la indemnización resulta fundamental para el presente estudio. En particular, por cuanto las limitaciones al derecho de propiedad privada podrían ser consideradas por el inversionista extranjero que desarrolla monocultivos, como causantes de un daño (en términos jurídicos) y, por ende, susceptible de crear la obligación del Estado de indemnizar (reparación del daño). En ese sentido, resulta clave determinar si es posible establecer limitaciones que se justifiquen en un interés público de promoción de la seguridad alimentaria local, sin que el Estado deba indemnizar al inversionista extranjero. Dicho en otros términos, es fundamental determinar si estas limitaciones corresponden a la categoría de aquellas que no dan derecho a solicitar una indemnización.

³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resoluciones nº 6273-96 citada *supra* nº 21; nº 4205-96, *Op. cit* nº 23 y nº 4857-96, *supra* nº 24.

Para esto se hace necesario, en un primer momento, definir cuándo una limitación al derecho de propiedad es indemnizable. Según la jurisprudencia constitucional, se indemniza únicamente cuando la limitación produzca “desmembraciones” y haga “desaparecer” este derecho. A partir de lo anterior, es posible concluir que si el contenido del derecho no se afecta en su totalidad, es decir, si éste no desaparece y el titular puede continuar ejerciéndolo en otras formas, no se justificaría una indemnización. No obstante, la conclusión que se desprende de la jurisprudencia constitucional costarricense podría no necesariamente ser consistente con el régimen de inversión extranjera directa.

B. La inconsistencia entre los regímenes de limitaciones al derecho de propiedad Privada y el de protección de la inversión extranjera directa

En el Derecho costarricense, la propiedad privada es un derecho subjetivo que puede desglosarse, a su vez, en otros derechos subjetivos. Sin embargo, en el derecho de la inversión extranjera³⁴ que se origina en el

³⁴ A pesar de que Costa Rica suma más de una decena de acuerdos comerciales con otros países o uniones económicas, así como con 18 acuerdos bilaterales de inversión, no tiene un marco jurídico general que regule esta materia. El país no cuenta con una Ley de IED, como sí ocurre por ejemplo con México, donde tras las negociaciones del TLCAN (a inicios de la década de 1990), se estableció la Ley de Inversión Extranjera (1993) con el propósito de abrir la economía a los mercados foráneos o el caso de Chile Chile que ha establecido normas relativa a la garantía por no discriminación, misma que incluye el compromiso del Estado de no dictar normas que afecten a la inversión extranjera, específicamente (DL 600: art. 5). Esto significa la certeza para el inversionista de que no se establecerán limitaciones que le perjudiquen, posteriores al inicio de sus actividades en el país receptor, lo cual se convierte en un incentivo importante para el fomento de las inversiones.

Pese a la ausencia de una regulación general en Costa Rica, los TBI establecen la obligación de los Estados Parte de fomentar, estimular y proteger las inversiones, hacen referencia al trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida, a la indemnización por pérdidas y tras la expropiación – o medidas similares-, a la libre transferencia de capitales, la resolución de controversias –arbitrajes- y su entrada en vigor, ámbito de aplicación, duración y denuncia. Los aspectos mencionados, constituyen un marco común que tiene como objetivo dar seguridad y beneficios al inversionista extranjero. De igual manera, estos objetivos son los que se persiguen a través de los TLC (ver por ejemplo, TLC-México, 2013: art.11.3).

Es evidente que existen instrumentos de Derecho Internacional que representan regulaciones a la IED. Sin embargo, con ellos no se subsana la falta de un marco jurídico

Derecho Internacional, la noción de propiedad es mucho más amplia y comprende además de las situaciones jurídicamente reguladas por el derecho

interno y de aplicación general. Se requiere de un instrumento que sirva como base sobre la cual, se desarrollen – y se limiten- las actividades de inversión extranjera.

Ahora bien, esta carencia del ordenamiento jurídico costarricense representa: por una parte, una desventaja para el inversionista, ya que a través de este medio se podrían lograr mejores escenarios de inversión. Lo anterior, considerando la posibilidad de establecer condiciones más favorables como en el caso de Chile, donde: “Si se dictaren normas jurídicas que los titulares de inversión extranjera o las empresas en cuyo capital participe la inversión extranjera estimaren discriminatoria, éstos podrán solicitar se elimine la discriminación...” (DL600: art. 6).

Sin embargo, por otra parte, el hecho de que las inversiones extranjeras se regulen a través de acuerdos que fueron negociados entre las partes (o países a los que estas pertenecen), implica que en ellos no se establezcan limitaciones a la IED. De ahí, que según el World Economic Forum (2011), Costa Rica conserva una posición muy fuerte a nivel global como país receptor de inversiones. Esto, “(...) gracias a sus políticas amistosas hacia el comercio, con aranceles bajos y pocas restricciones sobre la inversión extranjera directa.” (WEF, 2011: p. 33. Traducción propia). Así mismo, en el contexto costarricense, los inversionistas cuentan con las condiciones que se pactaron, tomando en cuenta su participación.

A manera de ejemplo, se establece como mecanismo para la solución de conflictos el arbitraje internacional (ver en este sentido, TBI-Gran Bretaña, 1997: arts. 7-9). Esta posibilidad es positiva para el inversionista, debido a que al sustraerse de la jurisdicción nacional logra que el objeto de la discusión sea la afectación negativa a su inversión, por ejemplo, tras una limitación impuesta por el Estado receptor. Asimismo, se deja de lado el análisis de las razones que motivaron dicha decisión, incluso sin importar que esta se basara en razones de interés público.

En cuanto a los monocultivos, al extrañarse una ley de aplicación general y basarse la regulación de la IED en los acuerdos comerciales (TBI-TLC), más que limitaciones se otorgan beneficios para el inversionista extranjero. En este sentido, al analizar el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá, la única mercancía sujeta al pago de impuestos sobre la exportación es el banano (TLC-Canadá, 2002: art. 3.10). Esta parece una limitación a la inversión extranjera. Sin embargo, los impuestos son establecidos en la Ley de Impuesto sobre Exportación de Cajas o Envases de Banano (1974: art. 1) y corresponden a US \$ 1 sobre cada 40 libras netas que sean exportadas.

El monto de la carga impositiva, no representa mayor perjuicio económico para quien invierte, principalmente, considerando que han transcurrido casi cuatro décadas desde la entrada en vigencia de la Ley. En este tiempo, las hectáreas dedicadas al cultivo del banano han aumentado, al igual que las tecnologías que permiten mayor eficiencia en la producción. Por lo tanto, la cantidad de la fruta para la exportación ha ido en aumento, mientras que el impuesto está estancado; a pesar de situaciones como: la degradación de los suelos, la contaminación de aguas y el acaparamiento de tierras que la actividad implica y las cuales, también han aumentado. Síntesis realizada por Sofía Barquero Mata, asistente de investigación.

nacional, otras que no lo son (a). Esta situación constituye el punto central de la inconsistencia entre los regímenes de limitaciones de la propiedad privada y de inversión extranjera directa. Esto ocasiona que el sistema de limitaciones a la propiedad privada, desarrollado en el Derecho costarricense, podría no ser aplicable a la propiedad protegida por el régimen de inversión extranjera (b).

1. El contenido jurídico y no jurídico del concepto de inversión extranjera directa

La inversión extranjera directa es una noción cuyo contenido contempla tanto aspectos de orden jurídico como. Desde la perspectiva jurídica, podría analizarse esta noción en dos sentidos: uno formal y el otro sustantivo. Por una parte, siguiendo un criterio estrictamente formal, al tratarse de una noción que se encuentra *inserta* en instrumentos normativos internacionales (tratados, convenios) podría calificarse como una noción jurídica. Por otra parte, siguiendo un criterio sustantivo, puede observarse que se han incluido dentro de tal noción elementos propios del concepto de propiedad, tal y como son regulados por el derecho nacional. En este sentido, la condición de “extranjería” no presenta mayores dificultades para el análisis jurídico, dado que esta ha sido ampliamente tratada por el Derecho Internacional Privado y no afecta de forma sustancial las implicaciones del derecho de propiedad.

Al lado de los conceptos jurídicos que componen la noción de inversión, debe señalarse que también han sido incorporados elementos de naturaleza económica, es decir, extrajurídicos. En este sentido, la noción de “inversión” alude, en sí misma, a la existencia de recursos económicos que pueden ser utilizados con el fin de obtener ganancias, con un afán lucrativo, por medio de alguna actividad. Es decir, se hace una inversión con el fin de obtener réditos. Ahora bien, los Tratados Internacionales (TI), bilaterales o multilaterales, relativos a la inversión extranjera o al comercio en general, se han caracterizado por incluir estos elementos extrajurídicos en las definiciones de inversión. Por ejemplo, la definición de “inversión” del artículo 1139 del NAFTA³⁵ establece:

³⁵ North American Free Trade Agreement (NAFTA o Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), consultado el 13 de agosto 2013 en <https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=167&language=es-MX>.

“**inversión** significa;

(a) una empresa; (b) acciones de una empresa; (c) instrumentos de deuda de una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(d) un préstamo a una empresa, (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

(f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);

(g) *bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales*; y (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a: (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa; ...”³⁶ (La itálica es propia) .

Considerando el carácter particularmente amplio de la definición, desea hacerse énfasis en la parte que ha sido resaltada (en itálica), por tratarse de una descripción de elementos que comprende el concepto de propiedad, en tres sentidos. En primer lugar, encontramos el concepto de propiedad inmueble, al detallar los bienes raíces. En segundo lugar, esta noción se refiere también a la propiedad mueble, ya sean estos bienes tangibles o intangibles –dentro de los que podríamos incluir, por ejemplo, la propiedad industrial-. En tercer lugar, encontramos una tercera categoría

³⁶ Sobre este punto, <https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=184&ctl=SectionView&mid=1591&sid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25&language=es-MX#A1139>. Consultado el 30 agosto 2013.

de bienes, los que han sido determinados no por sus características, sino más bien por su finalidad: “aquellos que se adquieren o utilizan para obtener un beneficio económico u otros fines empresariales”³⁷. Esto pone en evidencia el componente económico de la noción.

Esta última categoría plantea dificultades en términos de la coherencia entre lo que debe entenderse por propiedad en el derecho de la inversión internacional y en el derecho interno: ¿Qué debe entenderse por un bien que tiene como objetivo lograr un beneficio económico o empresarial? ¿Es acaso una nueva forma de propiedad?

2. La inversión como una forma de propiedad

La amplitud del concepto de inversión se encuentra presente tanto en tratados bilaterales como multilaterales. De manera similar al NAFTA³⁸, en el caso del CAFTA³⁹, el inciso h) del artículo 10-28, relativo a las definiciones, señala como una de las formas de inversión a los “otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes o garantías en prenda...”.⁴⁰ Estos últimos bienes que integran un conjunto de garantías mobiliarias se integran en este tratado, lo que no se incluía en el NAFTA. Se observa que la definición es aun más amplia.

En el ámbito multilateral de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversión en el Comercio establece como objeto único de su ámbito de aplicación las “medidas

³⁷ Cita supra nº 35.

³⁸ North American Free Trade Agreement (NAFTA o Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), consultado el 13 de agosto 2013 en <https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=167&language=es-MX>.

³⁹ La misma situación se ha observado en otros instrumentos de inversión extranjera. En este sentido, para profundizar en el tema se recomienda United Nations Conference on Trade and Development. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 172 p, spec, p. 44. Consultada en http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. También, United Nations Conference on Trade and Development. *Bilateral investment treaties in the mid-1990s*. New York: United Nations, 1998, 305 p.

⁴⁰ Tratado de Libre Comercio CAFTA-RD. Capítulo X, Inversión, 10-22. Aprobado por la Asamblea Legislativa el 7 de octubre de 2007. Consultado en <http://www.cafta.sieca.int/sitio/Enlaces.aspx?ID=002001>.

en materia de inversiones relacionadas con el comercio”⁴¹, sin embargo, ni estas medidas ni la inversión comercial son términos definidos en ese texto. En realidad, el concepto de inversión tiende a extenderse, abarcando todo tipo de propiedad e, inclusive, intereses indeterminados como podría ser la simple intención de invertir. Se tiene así un amplio margen para definir cuáles derechos de propiedad se encuentran protegidos por el término “inversión”⁴². Bajo esta perspectiva, los bienes que componen la inversión constituyen una forma- incluso indeterminada- de propiedad.

La concepción amplia de este derecho se encuentra expresada en el Protocolo nº 1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que establece: “Toda persona tiene derecho al respeto de sus bienes...”⁴³ Lo anterior ha sido objeto de una interpretación amplia, de manera tal que dentro de la idea de bienes se incluye a una gran diversidad de intereses económicos. En ese sentido, se ha considerado que se hace referencia a: “... los bienes muebles o inmuebles, los intereses corporales o incorporeales, como las acciones, las patentes, una sentencia arbitral, el derecho a una pensión, el derecho de un propietario a un alquiler, los intereses económicos ligados a la explotación de una empresa, el derecho a ejercer una profesión, la esperanza legítima que ciertas condiciones prevalecerán...”⁴⁴ Se trata, en síntesis, de los bienes materiales e inmateriales –incluidos los derechos actuales⁴⁵ sobre éstos- que integran el concepto de propiedad.

⁴¹ OMC, Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio. Consultado el 12 de setiembre 2013, en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims_s.htm.

⁴² Sobre este aspecto, Muñoz-Ureña, H. (Collart-Dutilleul, F; bajo la dirección de). 2013 (en prensa). *Il faut que la maison abritant l'investissement étranger ouvre ses portes au développement durable et à la sécurité alimentaire*. In, *Penser une démocratie alimentaire*. INIDA-Charleston; Vol.1.

⁴³ Consejo de Europa. Protocolo 11, adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Paris, 20 de marzo, 1952. Consultado en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf; el 14 de setiembre 2013.

⁴⁴ Van Marle c/Pays Bas, A 101, 1986; Iatridis c/ Grecia, 25 de marzo de 1999; Traktörer Aktiebolag c/ Suecia A 159, 1989. Para ampliar sobre el tema, Carss Frisk, M. Le droit de propriété. Conseil de Europe. Précis sur les droit de l'homme, nº 4, p.6. Consultado el 15 de setiembre 2013 en [http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-04\(2003\)_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-04(2003)_fr.pdf), § 42-47.

⁴⁵ No obstante, es preciso aclarar que bajo esta interpretación, la propiedad se protege el derecho que existe en un momento dado y no una situación futura que no ha ocurrido y que no permite constatar la existencia del derecho: “Dans ces conditions, l'espérance

Esta concepción no es ajena a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. En ese sentido, la Sala Constitucional costarricense ha señalado, en relación al concepto de propiedad, que “...comprende todos los derechos patrimoniales de una persona –es decir todo lo que puede tener valor económico- además del derecho real de dominio- concepto civil de propiedad- que se integra por derechos reales, industriales, comerciales, sociales, judiciales, legales, entre otros”⁴⁶. Entiéndase que la inclusión de un interés económico, fundado en un derecho de propiedad actual, podría igualmente formar parte de esta noción de propiedad, que es protegida por el régimen de la inversión extranjera directa.

Sin embargo, resulta evidente que se está ante concepciones del derecho de propiedad cuyo contenido varía sustancialmente, tanto en el contexto de los Derechos Humanos, en el del derecho de la inversión extranjera (ambos a nivel internacional) y en el derecho constitucional costarricense. En este sentido, parece que es posible ubicar, al menos, dos concepciones diferentes del contenido de la propiedad privada. La primera, como en el caso del Derecho costarricense, regulada por un sistema de limitaciones que contempla la posibilidad de restringir ese derecho sin necesidad de indemnizar. La segunda concepción plantea un marco amplio de protección, en el cual el sistema de limitaciones podría ser equiparado a una forma de expropiación y, por lo tanto, dar paso a un derecho de indemnización.

Desde esta última perspectiva, corresponde preguntarse si las limitaciones a la propiedad del inversionista extranjero, fundamentadas en las regulaciones propias del ordenamiento territorial y, eventualmente, en aras de garantizar la seguridad alimentaria, concederían al inversionista un derecho a solicitarle una indemnización al Estado. Lo anterior, en el marco del derecho internacional de la inversión extranjera.

de l'héritage futur d'un bien, par exemple, ne sera pas protégée en vertu de l'article 1.” Carss Frisk, M. *Le droit de propriété*. Conseil de Europe. Précis sur les droits de l'homme, n° 4, p.6. Consultado el 15 de setiembre 2013 en [http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-04\(2003\)_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-04(2003)_fr.pdf), § 7.

⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 2050-91 las nueve horas del once de octubre de mil novecientos noventa y uno; considerando IV. Estableciendo un criterio previo y similar, Corte Plena.

II. Las limitaciones a la IED por medio de la regulación del ordenamiento territorial: ¿podrían constituir situaciones asimilables a una expropiación?

La seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación tienen una incidencia directa en la salud de las personas. La alimentación, como actividad fundamental de la vida, debe ser por ende objeto de una protección especial. Así por ejemplo, es posible justificar el establecimiento de limitaciones en el uso de la tierra, que afecten las inversiones extranjeras que producen monocultivos, con el fin de encauzar un mejor uso del suelo y de otros recursos, mejorándose así las condiciones generales de producción de alimentos.

Lo anterior resulta ser necesario por cuanto ha sido posible constatar⁴⁷ que, en el caso costarricense, los monocultivos pueden implicar serias limitaciones al derecho a la alimentación y, por lo tanto, a la seguridad alimentaria. No obstante, no debe subestimarse la importancia económica de la inversión extranjera en este tipo de actividades, ni tampoco los compromisos internacionales que se integran al ordenamiento jurídico bajo la forma de Tratados Internacionales. Por ello, un régimen de limitación – gradual-, como el que es propio del ordenamiento territorial⁴⁸, podría servir para establecer un equilibrio entre el ejercicio de estos derechos.

⁴⁷ Documentación de caso, *supra* n° 11.

⁴⁸ En Costa Rica no es posible afirmar la existencia de un sistema normativo sobre el tema del ordenamiento territorial (OT). Se cuenta con leyes específicas que enumeran una serie de reglas con respecto al uso y manejo del suelo, las construcciones, las áreas de conservación, la biodiversidad y la planificación urbana. Esto dificulta su aplicación y consecuentemente, la posibilidad de que se dé un desarrollo urbano y rural organizado. A continuación, se describe la regulación a nivel nacional, presentada conforme la relevancia para el tema del ordenamiento territorial local.

En primer lugar, la Ley de Planificación Urbana (LPU: 1968) establece los lineamientos fundamentales para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, los Planes Regionales y los Planes Reguladores Cantonales. Con ella se busca fomentar el desarrollo ordenado de las zonas urbanas, así como el equilibrio entre éstas y las áreas rurales. Específicamente sobre el ordenamiento territorial local, en esta Ley se reconoce la competencia y la autoridad de los Gobiernos municipales para la planificación y el control del desarrollo urbano dentro de sus límites territoriales, a través de los planes reguladores.

Dentro de la Ley de Planificación se define al plan regulador como: “el instrumento de planificación local que define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier

otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes para distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales, y construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas.” (LPU, 1968: art. 1) No obstante, esta definición es muy limitada en el tanto deja de lado el tema de la ordenación del territorio en las zonas rurales, donde incluso, se presentan los mayores problemas de expansión de monocultivos en detrimento de la seguridad alimentaria de los pobladores. Sin embargo, a pesar de lo anterior, estos los planes reguladores han sido considerados como el principal instrumento de planificación en el país (Obando, 2011: p. 191).

No obstante, aunque se trata de una herramienta de gran importancia para el ordenamiento territorial, “(...) las municipalidades durante todo ese tiempo, han funcionado, en la gran mayoría de los casos, como un ente pasivo, a la espera de contar con presupuestos o con personal, para desarrollar sus planes reguladores.” (Astorga, 2010: p. 33). Es decir, no se ha logrado el objetivo de la adecuada ordenación del territorio a nivel local a través del instrumento creado específicamente para este fin. Por ello, tampoco podría haberse restringido la IED a través de la Ley, ni a nivel local con los planes reguladores.

La segunda regulación es la Ley Orgánica del Ambiente (LOA: 1993). En ella, el cuarto capítulo es específicamente sobre el tema de Ordenamiento Territorial (OT). En esta Ley se establece que: “Es función del Estado, las municipalidades y los demás entes públicos, definir y ejecutar políticas nacionales de ordenamiento territorial, tendientes a regular y promover los asentamientos humanos y las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico-espacial, con el fin de lograr la armonía entre el mayor bienestar de la población, el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del ambiente.” (LOA, art. 28).

Con esta afirmación se evidencia un cambio en la concepción tradicional del OT, principalmente, porque no se equipara con la planificación urbana. A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, el ordenamiento territorial se debe extender a otras áreas como la zona rural, los asentamientos humanos, las Áreas Silvestres Protegidas, se deberán contemplar las unidades energéticas, los distritos de riego y avenamiento, entre otros. Sin embargo, a pesar de que esta norma pretende una distribución equitativa de los recursos, dentro de los criterios para el ordenamiento, no se establece ningún tipo de limitación a la IED.

En tercer lugar, se agrupan una serie de leyes que contienen breves referencias al ordenamiento territorial, entre ellas: la Ley Indígena (1977) establece una delimitación de los Territorios Indígenas del país y reconoce el derecho de los pueblos en la plena administración de sus territorios.

Además, está la Ley Forestal (1996) misma que incluye limitaciones a la propiedad, basándose en la protección del recurso forestal del Estado. También, la Ley de Biodiversidad (1998, art. 52) contempla la obligación de adaptar el OT a las necesidades de la conservación y uso sostenible de los recursos biodiversos.

Por su parte, se cuenta con regulaciones en la Ley de Uso, Manejo y Conservación de los Suelos (1998, art.2) la cual, establece la planificación como objetivo para asegurar

Sin embargo, para constatar lo anterior se hace necesario analizar primero si este tipo de limitación puede ser asimilada a una “expropiación indirecta” indemnizable (A) o si, por el contrario, se encontraría amparada en la *facultad de reglamentar* que tiene el Estado (B), en cuyo caso no correspondería indemnizar al inversionista extranjero.

A. La posible equivalencia de las medidas de ordenamiento territorial a la “expropiación indirecta”

El suelo, como recurso natural, es básico para satisfacer el derecho a la alimentación. En él es posible cultivar, asentarse, desarrollar una cultura y por lo tanto, satisfacer la necesidad básica de alimentarse, que integra a su vez, aquella de preservar la salud y la vida.

Las regulaciones en materia de ordenamiento territorial buscan disponer adecuadamente de este recurso, manteniendo un equilibrio entre los derechos de la personas y sus necesidades, así como las del entorno. En la actualidad, las tierras dedicadas al desarrollo de las actividades humanas son cada vez más escasas. Por ello, es necesario disponer racionalmente del recurso.

Con la justificación de utilizar razonablemente la tierra, es posible establecer medidas de ordenamiento territorial que limiten la propiedad privada. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional costarricense ha indicado que: “...La limitación a la propiedad impuesta por un plan regulador

que el suelo sea aprovechado de manera que se mejoren las condiciones de vida de la población.

Por último, la más reciente es la Ley de Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario en el Instituto de Desarrollo Rural (2012). Ella constituye un marco normativo para el desarrollo rural sostenible, además de que identifica y legitima a los Territorios Rurales. Esta regulación, da al Instituto las facultades en la formulación de planes de desarrollo rural territorial de forma conjunta con los actores rurales.

Después de la descripción de la regulación en materia de ordenamiento territorial, es posible concluir que el ordenamiento costarricense presenta serias limitaciones, al menos en dos sentidos: 1) las leyes más importantes son de vieja data y no se ajustan a las necesidades actuales de la población, 2) en los casos en los que la normativa es adecuada, no ha sido puesta en práctica de una manera efectiva. Además, resulta evidente que el legislador no ha tenido la precaución de establecer restricciones a la IED a través de las regulaciones y de los instrumentos establecidos para el OT. Síntesis realizada por Sofía Barquero Mata, estudiante-investigadora del presente informe.

es constitucionalmente posible, debido a que el derecho de propiedad no es limitado⁴⁹. Los planes reguladores (del ordenamiento territorial) constituyen una forma de limitar el ejercicio del derecho de propiedad y podrían ser utilizados en las zonas de producción agrícola masiva de monocultivos. Si, aunado a lo anterior, se incluye el objetivo de que esas limitaciones permitan utilizar de mejor manera la tierra y el espacio para satisfacer las necesidades de producción de alimentos de las personas, entonces las limitaciones al derecho de propiedad encuentran una doble justificación; es decir, un uso más eficiente de la tierra y el espacio y la realización del derecho a la alimentación. Bajo esa perspectiva, las limitaciones podrían ser establecidas sin necesidad de indemnizar al inversionista, pues no se le estaría despojando de su bien. Su ejercicio se vería únicamente restringido en razón de un interés público.

No obstante, en ciertas situaciones, podría llegar a argumentarse que las limitaciones propias del ordenamiento territorial, se manifiestan como una “expropiación indirecta”, también llamada “expropiación de hecho” o “medida equivalente a una expropiación”, que crearía el deber de indemnizar. En este sentido, resulta medular el estudio del contenido del instituto de la expropiación (a), así como de las condiciones que deben cumplir las regulaciones gubernamentales para no configurar ni una expropiación ni una medida que le sea equivalente (b).

1. El contenido de la expropiación

El contenido del instituto de la expropiación está definido por su objetivo y por su objeto. En este sentido, la expropiación es “...un procedimiento de esencia real que permite a la autoridad pública, limitar, en perjuicio de su carácter “inviolable y sagrado”, al derecho de propiedad privada y obtener, bajo la forma de una cesión forzosa, la transferencia de un bien inmueble para su beneficio, con el fin de realizar un objetivo de utilidad pública y mediante el pago de una indemnización “justa y previa”⁵⁰. Esta definición establece ambos, el objetivo y el objeto. En relación

⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución n° 5757-94 de las quince horas tres minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, considerando n° IV, citando a la resolución de ese mismo Tribunal, n° 423-97 y n° 5305-93, consultadas en Ramírez, M y Fallas, *supra* n° 18.

⁵⁰ Nuestra traducción de: “L’expropriation est une procédure d’essence régaliennne qui permet à la puissance publique de porter atteinte, en dépit de son caractère “inviolable et sacré”, au droit de propriété privée et d’obtenir, sous la forme de ‘une cession forcée,

con el primero, la expropiación busca limitar la propiedad privada bajo una serie de condiciones. En relación con el segundo, tal y como lo señala el profesor Hostiou, por regla general⁵¹ su objeto son los bienes inmuebles y, de manera excepcional⁵², los muebles. Se trata en síntesis, de una figura que opera bajo las potestades del Estado, con el objetivo de aplicar una restricción a la propiedad privada.

Desde la perspectiva de su objeto, este concepto también es asimilado a la “toma de posesión” por parte del Estado de una propiedad privada o a la “privación” de la propiedad o, en algunos casos, se considera también – como lo hace B. Weston (1975)– como una “privación de la riqueza”⁵³. Esta última noción, plantea un problema para determinar el impacto económico de la expropiación sobre la propiedad del titular y, específicamente, sobre lo que puede considerarse como una “compensación justa”⁵⁴, que

el transfert à son profit d'un bien immobilier, en vue de la réalisation d'un objectif d'utilité publique et moyennant le paiement d'une indemnité qui doit “être juste et préalable”. Hostiou, R et Struillou, J-F. 2001. *Expropriation et préemption*. Litec_Paris, §14.

⁵¹ Hostiou, R et Struillou, J-F. Ibid, §15.

⁵² Hostiou, R et Struillou, J-F. Ibid, §15.

⁵³ Weston B. *Constructive takings' under International Law: A modest foray into the problema of Creeping expropriation*. *Virginia Journal of International Law*, 1975, volumen 16, p. 103-175, spec, p, 112. También en el mismo sentido, Yannacka, C. (2004), Op. Cit nº 6.

⁵⁴ Sobre el tema de la “justa indemnización” ver, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008, en el que “La Corte ordenó como medidas de reparación integral, las siguientes: a) por concepto de daño material fijó un monto por los intereses simples devengados por la falta de pago de la justa indemnización; b) por concepto de daño inmaterial fijó un monto en equidad por las violaciones declaradas en la Sentencia de fondo; c) como medida de restitución ordenó al Estado devolver una cantidad determinada por concepto de impuestos y multas indebidamente cobrados, y sus intereses; d) como medidas de satisfacción ordenó la publicación de determinadas partes de las Sentencias de fondo y de reparaciones y costas en el Diario Oficial y un resumen oficial de las referidas Sentencias en otro diario de amplia circulación, y e) el reintegro de costas y gastos.” Consultado en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_222_esp.doc.

Igualmente, ver, Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf; Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, consultado en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf; Caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, consultado en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf; Caso *Abrill Alosilla y otros*

constituye una de las condiciones para ejecutar esta potestad gubernamental. No obstante, la justicia compensatoria no es la única condición que debe respetarse al expropiar. También existen otras condiciones que deben cumplirse (i), así como ciertas formas que esta debe adoptar (ii).

a. Las condiciones en que opera la expropiación

De las definiciones anteriores, así como a partir de la doctrina principal⁵⁵ sobre este tema, es posible concluir el marco jurídico de legalidad en el cual se debe realizar la expropiación, que se define por las siguientes condiciones:

- 1) debe ser realizada bajo el amparo de un interés público;
- 2) no debe ser discriminatoria;
- 3) debe estar acompañada de una justa compensación; y
- 4) debe seguir los procedimientos legales, conforme al principio del debido proceso.

Estas condiciones están presentes en los tratados⁵⁶ o convenios internacionales que enmarcan la facultad del Estado de expropiar. La inobservancia a estas condiciones da paso a la aplicación de un derecho reparatorio, compuesto por la indemnización de los daños⁵⁷ y perjuicios. A título de ejemplo, el artículo 1110.1 del NAFTA establece que:

Vs. Perú. Sentencia del 4 de marzo de 2011, consultado en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_223_esp.pdf; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.* Sentencia de 29 de marzo de 2006, consultado en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

⁵⁵ Hostiou, R et Struillou, J-F. Ibid, §14.

⁵⁶ Sobre el detalle de este aspecto, ver Manciaux, S.(2012). *Les règles du Droit des Investissement internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire?* In, *Revue Internationale de Droit Economique*, pp. 49-62, spec.56.

La traducción es nuestra. Manciaux, Ibid. Ver sobre este punto, International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. *Bernardus Henricus Funnekotter and others vs Republic of Zimbabwe*. ICSID, Case n° ARB/05/6. Consultable en <http://arbitration.fr/resources/ICSID-ARB-05-6.pdf>, revisado el 4 de julio 2013.

⁵⁷ En el marco del sistema interamericano de Derechos Humanos, se ha reconocido el pago por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales. En ese sentido, ver el caso *Comunidad indígena Xákmok KÁSEK vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. En este la Corte condenó al Estado entre otros, a lo siguiente: a) devolver a la Comunidad las 10.700 hectáreas reclamadas e identificadas como Mompey Sensap (hoy Retiro Primero) y Makha Mompena (hoy Retiro Kuñatai).

“Artículo 1110: Expropiación e indemnización

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 (1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”⁵⁸

Este deber de indemnizar frente al acto expropiatorio también se encuentra previsto en el CAFTA-RD, al indicarse, casi de forma idéntica, que⁵⁹:

“Ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalente a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea: (a) por causa de un propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y (d) con apego al principio del debido proceso y al artículo 10.5.”⁶⁰

Para efectos del presente estudio, es importante resaltar el hecho de que ambas disposiciones, además de hacer referencia al instituto clásico de la expropiación tal como ha sido previamente estudiado, hacen mención a “expropiaciones indirectas” o “medidas equivalentes a una expropiación”. Asimismo, debe indicarse que estos tratados internacionales dan un trato idéntico a todas estas categorías o formas que adoptaría la expropiación.

Indemnizaciones: a) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos, y b) crear un fondo de desarrollo comunitario.” Consultado en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

⁵⁸ NAFTA, Op. Cit, n° 35.

⁵⁹ En igual sentido Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Francia y Argentina establece en su artículo 5.2: “ Les Parties contractants ne prennent pas, directement ou indirectement, de mesures d’expropriation ou de nationalisation, ni tout autre mesure ayant un effet similaire de dépossession, si ce n’est pour cause d’utilité publique et à condition que ces mesures ne soient no discriminatoire, ni contraires à un engagement particulier». Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République argentine sur l’encouragement et la protection réciproque des investissements du 3 juillet 1991, JO du 5 juin 1993, art. 5.2.

⁶⁰ CAFTA, supra n° 40.

b. Las formas de expropiación

La expropiación puede darse de dos formas: directa o indirectamente. La primera se produce mediante la transferencia del bien o de los intereses privados, al dominio público. Esta transferencia opera sin necesidad de mediar la voluntad del propietario, por imposición de la autoridad estatal. Asimismo, se da mediante el procedimiento respectivo, conforme al principio de legalidad y estableciendo una indemnización para el titular afectado.

La segunda forma de expropiación es llamada *indirecta*. El profesor Henri Capitant, la define como “Las propiedades raíces privadas, desposesión definitiva y total que deriva de una empresa u ocupación definitiva efectuada por la Administración sin recurrir al procedimiento de expropiación”⁶¹. La característica fundamental de esta modalidad, es la ausencia del procedimiento expropiatorio y la desposesión definitiva del bien. De esa manera, existiría una expropiación indirecta como producto de una injerencia del Estado⁶² en la uso del bien o al obtener ventajas, cuando el derecho de propiedad es afectado en su totalidad. En esa circunstancia, por tratarse de una intervención estatal que tiene un efecto *equivalente* a la expropiación, corresponde el pago indemnizatorio⁶³.

La indemnización es la consecuencia ordinaria de una expropiación. Como se ha observado, la expropiación no es desconocida por el derecho internacional de la inversión extranjera, y el efecto indemnizatorio persigue el objetivo de proteger adecuadamente los intereses de los inversionistas. Considerando lo anterior, resulta necesario distinguir entre aquellas medidas estatales que, aun cuando afectan la propiedad privada, no configuran una expropiación indirecta y que consecuentemente no dan lugar a una indemnización, de aquellas que sí lo hacen.

⁶¹ Capitant, H. (Bajo la dirección de) Gauglianone, H. (Traductor). 1973. *Vocabulario Jurídico*. Depalma: Buenos Aires, p 271.

⁶² En ese sentido, es interesante el caso *Cinco Pensionistas” Vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se reconoce una expropiación ilegítima debido a la “reducción unilateral de las pensiones de las presuntas víctimas “constituyó una expropiación ilegítima e indebida de un patrimonio del que eran acreedores y legalmente era de su propiedad.” Para ampliar, ver www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseric98.pdf.

⁶³ Yannacka, C. (2004), Op. Cit nº 8, espec, p. 3.

2. Las medidas gubernamentales que no configuran una expropiación indirecta

La diferencia clara entre la expropiación indirecta y otras medidas gubernamentales que afectan la propiedad privada no se encuentra definida de manera general ni en los instrumentos legales, ni por parte de la doctrina o de la jurisprudencia, sea esta última internacional o nacional⁶⁴. A pesar de esta dificultad, sí resulta posible dilucidar algunos criterios que se han ido desarrollando para distinguir estas figuras. Estos criterios derivan de dos fuentes: la primera la constituye una reciente práctica estatal que consiste en consignar expresamente en los Tratados Bilaterales o Multilaterales, la diferencia entre ambas figuras; la segunda es la jurisprudencia internacional. De estas fuentes se pueden extraer dos criterios básicos: i) el grado de limitación del derecho de propiedad del inversionista; ii) el interés público como justificación de la medida gubernamental.⁶⁵

a. El grado de limitación del derecho de propiedad

El grado en que se limita el derecho de propiedad es el primer criterio a considerar para distinguir si se está ante una expropiación indirecta o si se trata de una simple normativa que afecta la propiedad privada. Este criterio se define a partir del efecto que tenga la medida sobre el ejercicio del derecho de propiedad. De determinarse la existencia de dichos efectos podría, entonces, surgir una obligación de indemnizar por parte del Estado.

Tanto la expropiación ordinaria como la indirecta implican una desposesión forzosa de la propiedad privada. Esto supone necesariamente que el titular no pueda ejercer su derecho. A nuestro criterio, solo puede operar una expropiación si se limita *totalmente* el ejercicio del derecho de propiedad. La limitación parcial no constituiría, a nuestro parecer, una expropiación. Varias sentencias y laudos arbitrales apoyan esta tesis.

⁶⁴ Op. Cit nº 8, p.10 y ss.

⁶⁵ Algunos autores como Yannacka, C. (2004), consideran un tercer criterio: la afectación a la inversión extranjera por medio de las medidas gubernamentales. Yannacka, C. (2004), Op. Cit nº 8, espec, p. 3.

En efecto, en los casos *Handyside c/ Reino Unido*⁶⁶ y *Poiss c/ Austria*⁶⁷, la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que operaba la expropiación en la medida que el inversionista había sido privado del ejercicio de su derecho de propiedad totalmente⁶⁸. En otro contexto, en el caso *Sea-Land Services vs Irán*⁶⁹, se alegó la expropiación de una cuenta bancaria. El Tribunal determinó que en la medida en que tal cuenta todavía existía y estaba a disposición de la empresa, entonces no se podía sostener que exis-

⁶⁶ “63. La confiscation et la destruction du Schoolbook, elles, ont définitivement privé le requérant de la propriété de certains biens. Elles se trouvaient cependant autorisées par le second alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1), interprété à la lumière du principe de droit, commun aux États contractants, en vertu duquel sont confisquées en vue de leur destruction les choses dont l'usage a été régulièrement jugé illicite et dangereux pour l'intérêt général.”. Cour Européenne des droits de l'Homme. *Affaire Handyside c/ Royaume-Unie*. Requête n° 5493/72. Arrêt, 7 décembre 1976. Consultado el 30 de junio 2013 en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157499#{"languageisocode":\["FRA"\],"appno":\["5493/72"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-62057"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157499#{).

⁶⁷ “69. Les circonstances de la cause révèlent, dès lors, une rupture de l'équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général: les requérants, qui demeurent dans l'incertitude quant au sort définitif de leur propriété, se sont vu imposer une charge disproportionnée. Il n'y a pas lieu, à ce stade, de rechercher s'ils ont réellement souffert un préjudice (arrêt Sporrang et Lönnroth précité, p. 28, § 73). 70. La Cour conclut donc à l'existence d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (P1-1).”

Cour Européenne des droits de l'Homme. *Affaire Poiss c/ Autriche*, n° 17/1986/115/163, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["poiss%20c%20autriche"\],"respondent":\["AUT"\],"kphthesaurus":\["94","369"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62118"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{)

⁶⁸ Para ampliar sobre estos casos ver: Yannacka, C. (2004), *Op. Cit* n° 8, espec, p. 12; Ruiz Fabri, H. 2002. *The approche taken by the European Court of Human Rights to the assessment of compensation for "Regulatory Expropriations" of the property of foreign investors*. N. Y.U, *Environmental Law Journal*, Vo. 11, n° 1, p. 148-173.

⁶⁹ *Sea Land Services Inc vs The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organisation*. Daillier Patrick, Ghérari Habib, Robert Anne, Müller Daniel. *Tribunal irano-américain de réclamations*. In: *Annuaire français de droit international*, volume 47, 2001. pp. 283-326. DOI: 10.3406/afdi.2001.3662 URL: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_2001_num_47_1_3662. Consultado el 13 octubre 2013. Igualmente ver, Páez, M. 2006. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. In. *Estudios Internacionales*, año 39, n° 153, abril-junio pp. 5-36. Brunetti, M. 2001. *Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation*, *The. Chi. J. Int'l L.*, 2, 203.

tiese una expropiación indirecta. Esto por cuanto la empresa podía seguir utilizando esos recursos.

En el marco del NAFTA, los casos *Pope & Talbot Inc. vs Canadá*⁷⁰ y *Marvin Roy Feldman Karpa vs México*⁷¹, ofrecen una interpretación similar a los anteriores, en lo que atañe al grado de afectación del derecho de propiedad que es requerido para determinar la existencia de una expropiación indirecta. En el primer caso, el Estado estableció una imposición de contingentes de exportación a esa empresa. El Tribunal consideró que “una simple expectativa no constituye una expropiación; es necesario que haya dado un grado elevado de privación de los derechos de propiedad fundamentales”⁷². Es decir, bien que la empresa había sufrido el efecto de la reducción de sus beneficios, la medida no impedía la venta en el extranjero, pudiendo así obtenerse un margen de ganancia.

En el segundo caso, sobre la base del artículo 1110 del NAFTA, una compañía extranjera que fabricaba cigarros alegó haber sido privada de las ventajas que concedía una legislación que autorizaba ciertos reembolsos de impuestos a los exportados⁷³. El Tribunal determinó que “...la acción reglamentaria no había privado al demandante del control de su sociedad.

⁷⁰ NAFTA Claims. Pope & Talbot, Inc. and Canada. Disponible en http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_pope.htm, consultado el 12 de agosto 2013. Gantz, D. A. 2003. Pope & Talbot, Inc. v. Canada. *The American Journal of International Law*, 97(4), 937-950. Laird, I. A. 2001. NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little. *Chi. J. Int'l L.*, 2, 223; Dumbery, P. (2002). The Quest to Define 'Fair and Equitable Treatment' for Investors Under International Law: The Case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards. *Journal of World Investment*, 3(4), 657-691. Bjorklund, A. K. (2001). Contract Without Privity: Sovereign Offer and Investor Acceptance. *Chi. J. Int'l L.*, 2, 183. Porterfield, M. C. (2006). International Common Law of Investors Rights, *An. U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 27, 79.

⁷¹ NAFTA, Claims. *Marvin Roy Feldman Karpa vs Government of the United Mexican States*. Notice of Arbitration. <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Feldman/FeldmanNoticeOfArbitration.pdf>. Consultado el 12 de agosto 2013. También, Gutiérrez-Haces, T. (2009). *La inversión extranjera directa en el TLCAN*. In, *Economía, UNAM*, 1(003). Stone, M. (2002). NAFTA Article 1110: Environmental Friend or Foe. *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.*, 15, 763.

⁷² Traducción propia de: “... une simple atteinte ne constitue pas une expropriation; il faut qu'il y ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux”. Yannacka, C. (2004), Op. Cit n° 6, espec, p. 13.

⁷³ “Respondent's refusal to rebate 18,975,730 pesos in excise taxes owed to CEMSA in respect of cigarette exports that CEMSA approval of the competent Mexican tax authorities”. NAFTA, Op. Cit, n° 65. p. 5.

[...] es cierto que, efectivamente había sido privado de exportar los cigarrillos... pero eso no equivale a una privación del control de su sociedad.⁷⁴

De los casos anteriores se concluye que las medidas reglamentarias del Estado no pueden ser consideradas como constitutivas de una expropiación indirecta, si no afectan de manera manifiesta y total el derecho de propiedad del inversionista. Sin embargo, debe considerarse que para definir esta afectación es necesario considerar también el plazo de aplicación de la norma y el impacto económico de la misma. Por otra parte, debe observarse si la medida reglamentaria tiene como fundamento el interés público.

b. El interés público como fundamento de las medidas reglamentarias

El interés público como fundamento de la reglamentación constituye uno de los criterios básicos para definir la legitimidad de la medida. Bajo esta perspectiva, es preciso considerar que todas aquellas medidas que tengan como fin satisfacer ese interés no son indemnizables. En ese sentido, Yannacka (2004) citando a Christie, señala que:

“La existencia de consideraciones generalmente reconocidas de salud pública, seguridad, moralidad o protección social conducirá normalmente a concluir que no hay “toma de posesión”.

Igualmente, sobre lo dicho por Sornarajah, M (1994), se indica: “Las medidas no discriminatorias relativas a la lucha contra los monopolios, la protección de consumidores, los valores mobiliarios, la protección del ambiente, el ordenamiento territorial, representan tomas de posesión no indemnizables del hecho que son consideradas como esenciales para el buen funcionamiento del Estado”.⁷⁵

Lo que resulta de mayor importancia para el presente estudio es que las normas reglamentarias del Estado forman parte de una actividad que le es propia y que no puede verse limitada por un interés privado. El *fin público*, la *utilidad pública*, el *interés de la convivencia social*, son entre otros términos, manifestaciones del interés público que promueven y justifican

⁷⁴ Yannacka, C. (2004), Op. Cit nº 8, espec, p. 13.

⁷⁵ Yannacka, C. (2004), citando a Sornarajah, M. Op. Cit nº 8, espec, p. 18.

la existencia y desarrollo de la normativa nacional. De esa manera, cuando el objetivo de la norma responde a este criterio, se encuentra plenamente fundamentada. Tal medida no podría ser considerada como una expropiación indirecta y, por ello, no sería necesario indemnizar las limitaciones que se produzcan a la propiedad.

B. La potestad del Estado de reglamentar como justificación para limitar el derecho del inversionista sin necesidad de indemnizarlo

La potestad del Estado de reglamentar (*droit de règlementer*) se encuentra amparada en el principio de soberanía de los Estados (a) y que se manifiesta, entre otras formas, a través de la actividad ordinaria de reglamentación del Estado (b).

1. El principio de soberanía como base de la potestad estatal de reglamentar

El principio de soberanía se encuentra normado en la Carta de las Naciones Unidas que, en su artículo 2, párrafo primero, establece: “La Organización está basado en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros”⁷⁶. Es decir, la soberanía es la característica esencial⁷⁷ del Estado en el contexto de la comunidad internacional. La soberanía es un concepto íntimamente ligado con el de *independencia*, comprende tanto la organización política, como judicial o arbitral de un Estado.⁷⁸ La soberanía también está íntimamente ligada con el ejercicio de la libertad de autodeterminación de los pueblos constituidos en Estados⁷⁹, lo que les permite

⁷⁶ Organización de las Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*. Consultada el 13 de octubre 2013, en <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1.shtml>.

⁷⁷ Quoc Dinh, N; Daillet, p; Pellet, A.2002. *Droit International Public*. LGDJ; Paris, 7 éd. § 2.

⁷⁸ Quoc Dinh, N; Daillet, p; Pellet, A.2002. *Op. cit*; § 272.

⁷⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Programa de actividades para la plena aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (A/8086)*. Resolución n° 2621 (XXV). Vigésimo quinto periodo de sesiones. 12 de octubre de 1970. Consultado el 14 de julio 2013 en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/82/IMG/NR035282.p df?OpenElement>.

escoger su régimen político, jurídico, económico y social. En particular, en cuanto al régimen jurídico, el principio de soberanía justifica la competencia del Estado para ejercer todas las funciones que le son propias, desde su organización constitucional hasta la reglamentación de todas las actividades en las que interviene o desarrolla el Estado.⁸⁰ La soberanía se manifiesta, entonces, como una *soberanía económica* del Estado y como una *soberanía sobre sus recursos naturales*.

La soberanía económica se consolida en el Derecho Internacional mediante la Carta de Naciones Unidas sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974. En su artículo 2 §1 se establece que: “Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenazas externas de ninguna clase”⁸¹. Bajo la perspectiva de esta disposición, la organización económica surge del seno del Estado, de manera tal que pueda definir claramente cómo administrar sus recursos económicos y, con ello, fomentar el desarrollo en ese ámbito.

La soberanía sobre los recursos naturales conlleva que los Estados pueden regular la disposición de sus recursos naturales. De esa manera, la Resolución n° 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1962 reconoce la *soberanía permanente sobre los recursos naturales*.⁸² Teniendo en cuenta lo anterior, en una situación extrema es posible que se establezcan medidas que restrinjan de forma importante la participación e incluso que establezcan la prohibición de que un extranjero adquiera tierras

⁸⁰ Sobre este punto, Quoc Dinh, N; Daillet, p; Pellet, A.2002. *Op. cit.*, § 306.

⁸¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Resolución 3281 (XXIX)*. 12 de diciembre de 1974. Consultado el 14 de setiembre en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/60/IMG/NR074360.pdf?OpenElement>.

⁸² Asamblea de las Naciones Unidas. *Resolución n° 1803 (XVII) Soberanía permanente sobre los recursos naturales*. 14 de diciembre de 1962. Consultado el 15 de setiembre 2013, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/196/83/IMG/NR019683.pdf?OpenElement>.

agrícolas. Este es el caso de Tailandia⁸³, Túnez⁸⁴ y Hungría⁸⁵ donde se han establecido prohibiciones para la adquisición de tierras por parte de extranjeros con fines históricos o de regularización de los derechos de propiedad.

La potestad del Estado de reglamentar, también denominada el *derecho de reglamentar*, ha sido objeto de discusión⁸⁶ en los TBI y tratados multilaterales. Así por ejemplo, este concepto se analizó en la negociación del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) de la OCDE en el cual se pretendía establecer que:

“ Artículo 3. Derecho de reglamentar.

[a] Una parte contratante puede adoptar, mantener o aplicar *toda medida que juzgue necesaria* para que la actividad de inversión sea emprendida de una manera sensible a las preocupaciones en materia de salud o de medio ambiente, a condición que sus medidas sean conformes al presente acuerdo⁸⁷. (El resaltado y la traducción es nuestra).

⁸³ “ [...] las diferentes leyes que rigen la propiedad prohíben a un extranjero ser propietario de un terreno en Tailandia a nombre propio (pero el extranjero puede hacerlo por la vía de una sociedad que el dirige a condición que el 51% de las partes de esta sociedad pertenezcan a personas de nacionalidad tailandesa)”. Traducción propia, Manciaux, *Op.Cit*, nº 9, pág. 54.

⁸⁴ La Ley del 12 de mayo de 1964, en su artículo 1ero indica: “ [...] A partir de la promulgación de la presente ley, la propiedad de las tierras a vocación agrícola debe pertenecer a personas físicas de nacionalidad tunecina.” Traducción propia, Manciaux, *Op.Cit*, nº 9, pág. 54.

⁸⁵ Este país establece limitaciones para la adquisición de tierras, reservada a los nacionales y residentes europeos. Para ampliar, Traducción propia, Manciaux, *Op.Cit*, nº 9, pág. 54.

⁸⁶ Sobre este punto en particular, referirse a Geiger, R. 2002. *Regulatory expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment*. In, *N.Y.U, Environmental Law Journal*, vol.11, nº 1, p. 94-109, spec. 104.

⁸⁷ “[a] Une partie contractante peut adopter, maintenir ou appliquer toute mesure qu’elle juge nécessaire pour que l’activité de l’investissement soit entreprise d’une manière sensible aux préoccupations en matière de santé, de sécurité ou d’environnement, à condition que ces mesures soient conformes au présent accord”. La traducción es nuestra Groupe de négociation de l’Accord multilatéral sur l’investissement (AMI). *L’Accord Multilatéral sur l’Investissement. Rapport du Président au Group de Négociation*. DAF/MAI (99)17. / de août 1998. <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817f.pdf>, p.15.

Esta disposición debe leerse en conjunto con la nota interpretativa al artículo 5, relativo a la Expropiación e indemnización del AMI, que señala:

“Este artículo está destinado a integrar en el AMI las normas jurídicas internacionales existentes. La referencia a la expropiación o a la nacionalización y a las “medidas de efecto equivalente” traducen el hecho que el derecho internacional exige una indemnización para una medida de expropiación cualquiera que sea la denominación de esa medida, y es igual si el título de propiedad no se ha confiscado. Ella no instituye una nueva prescripción imponiendo a las partes el pago de una indemnización por las pérdidas que un inversionista o una inversión puedan resultar de una reglamentación, una rebaja obligatoria o de toda otra *actividad normal de interés general de un país*. Es entendido que la falta de un Estado a título de Acuerdos de ajuste conformes al derecho internacional y a las prácticas internacionales no constituyen una expropiación en el sentido de este artículo.”⁸⁸ (*La itálica y la traducción es agregada*).

Las transcripciones anteriores permiten distinguir, desde la perspectiva de la obligación de indemnizar, entre lo que debe entenderse por expropiación indirecta y el derecho de reglamentar de un Estado. En un primer término, se reconoce que todo Estado tiene el derecho a establecer medidas que limiten la inversión extranjera. No obstante, si estas provocan un daño al patrimonio del inversionista, procede la indemnización. En este aspecto, queda clara la obligación del Estado hacia el inversionista, cuando se afecta su propiedad como resultado del ejercicio de su soberanía al promulgar de nuevas normas jurídicas. En un segundo término, los efectos de la reglamentación nacional no constituyen en sí una expropiación. Lo anterior es válido cuando queda clara la necesidad del Estado de adoptar la medida y cuando se trata de la actividad normal del Estado.

⁸⁸ “Note interprétative: Cet article est destiné à intégrer dans l’AMI des normes juridiques internationales existantes. La référence à l’expropriation ou à la nationalisation et aux “mesures d’effet équivalent” traduit le fait que le droit international exige une indemnisation pour une mesure d’expropriation quel que soit l’intitulé de cette mesure, et ce même si le titre de propriété n’est pas confisqué. Elle n’institue pas une nouvelle prescription imposant aux parties de verser une indemnisation pour les pertes qu’un investisseur ou un investissement peut subir par suite d’une réglementation, d’un prélèvement obligatoire ou de toute autre activité normale d’intérêt général de la part d’un pays. Il est entendu que le défaut d’un État souverain au titre d’accord de rééchelonnement conformes au droit international et aux pratiques internationales ne constitue pas une expropriation au sens de cet article.” *Ibid.*, note n° 5, p. 16.

2. La reglamentación: una actividad ordinaria del Estado que no genera *per se* una obligación de indemnizar

La reglamentación es una actividad ordinaria y necesaria del Estado. Por una parte, cada Estado debe regular constantemente una serie de actuaciones en su territorio, como parte de su función administrativa. De ahí que se considere como una actividad *normal*. Por otra parte, la *necesidad* de la reglamentación se origina en los requerimientos sociales que cambian constantemente y que se justifican en la procura del bien social. En consecuencia, podríamos considerar que la reglamentación, ordinaria y basada en criterios de necesidad –interés público–, no daría lugar a la indemnización por los daños que se deriven. Esta posición se encuentra claramente establecida en el artículo 1º del Protocolo 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que señala:

“Artículo 1. Protección de la Propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respecto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. *Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estado de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos y otras contribuciones o de multas.*”⁸⁹ (El resaltado es nuestro).

Precisamente, este artículo confirma el derecho de reglamentar del Estado y la posibilidad de que la propiedad –nacional o extranjera– privada, pueda ser limitada sin que sea necesario una indemnización. La Corte Europea de Derechos Humanos ha confirmado esta interpretación, condicionada a la existencia de un *justo equilibrio* y las exigencias de un interés general, como fue definido en el caso *Chassagnou c/ Francia*⁹⁰. En éste el

⁸⁹ Protocolo 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Paris 20 de marzo de 1952. Consultado el 30 de julio 2013 en http://www.idhc.org/esp/documents/biblio/DD_HH/EUROPA/Protocolo_%20Adic_Conv_Europeo_DDHH_1952.pdf. También, Conseil de l'Europe. *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* tel qu'amendé par le Protocole n° 11. Consultado en <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/009.htm>.

⁹⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Chassagnou/France* 1999-III, párrafo 82. En el mismo sentido, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, A 52, 1982 y *Inmobiliare Saffi c/ Italia*, 1999-V, párrafos 56 y 57; *Scollo c/ Italie* A 315-C-1995.

ejercicio exclusivo del derecho de caza en una zona determinada, fue limitado por una ley nacional y la Corte estimó que se trataba de una actuación del Estado francés que buscaba la satisfacción de un interés general.

De la misma forma, esta interpretación fue confirmada en el caso *Sporrong y Lönnroth c/ Suecia*⁹¹. En este, el Consejo Administrativo de la ciudad de Stockholm estableció dos tipos de medidas de ordenamiento territorial: una relativa a permisos para expropiar y otra sobre prohibiciones para construir⁹². La Corte estimó que las primeras medidas afectaban el derecho de propiedad. Sin embargo, consideró que las segundas se encontraban dentro de los supuestos de reglamentación y, por ende, no daban lugar a una indemnización.

En el continente americano este derecho de reglamentar es reconocido por los Acuerdos o Tratados de Inversión o de Comercio. A manera de ejemplo, es posible ubicarlo en el Anexo 10-C del CAFTA-DR y en el Anexo 10-B del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos⁹³ que indican de manera idéntica, lo siguiente:

“b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.”⁹⁴

Al igual que se desprende de las disposiciones de Derecho Europeo, esta norma contempla la posibilidad de establecer normativa que limite el derecho de propiedad del inversionista sin que esto sea considerado una expropiación indirecta. Es decir, sin que la limitación implique un deber de indemnizar. Bajo esta perspectiva, debe considerarse que las medidas de ordenamiento territorial que limiten el uso de tierras por parte del inversionista extranjero, no constituyen en sí mismas una expropiación indirecta.

En efecto, tres consideraciones deben hacerse a este respecto. En primer lugar, la limitación del uso de la tierra para fines de ordenar el territo-

⁹¹ *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, A 52, 1982, párrafo 69.

⁹² Carss Frisk, M. *Op.cit.* n° 44, §10.

⁹³ En vigencia desde el 16 de enero del 2009. Consultado el 14 de setiembre 2013, en <http://www.aladi.org/nsfaladi/nuevostemas.nsf/3303e00d2b0df946032574f600605670/4fe37e2e729861de0325765d0066287b?OpenDocument>.

⁹⁴ CAFTA, *Op.cit.*, n° 30, p.10-26.

rio y favorecer la realización del derecho a la alimentación constituyen, sin duda alguna, razones de interés público. En segundo lugar, la reglamentación territorial o de protección y desarrollo de la seguridad alimentaria constituyen actividades normales y ordinarias del Estado, para favorecer el desarrollo de su población. En tercer lugar, las limitaciones al uso de la tierra no constituyen una desposesión del bien o de la propiedad. El inversionista extranjero puede readaptar o reorientar su actividad económica (incluso manteniendo una actividad agrícola), preservándose así un equilibrio entre el interés privado y el interés de la colectividad. En este sentido, Browlie (2003) señala que:

“Las medidas que adoptan los Estados, a primera vista, una prerrogativa legítima de los gobiernos, pueden afectar considerablemente los intereses extranjeros sin que sea equivalente a una expropiación. Es así que los bienes extranjeros y su utilización pueden ser objeto de imposiciones, de restricciones comerciales, implicando licencias y cuotas o medidas de devaluación. Aun cuando los hechos particular puedan modificar la situación, en principio, este tipo de medidas no es ilegal y no constituye una expropiación”⁹⁵.

De manera complementaria, Sornarajah (1994) aclara que: “[...] las medidas no discriminatorias relativas a la lucha contra los monopolios, la protección de los consumidores, los valores mobiliarios, la protección del ambiente y el ordenamiento territorial constituyen privaciones de la propiedad no indemnizables, en la medida que son consideradas como esenciales para el buen funcionamiento del Estado”⁹⁶. Ambos autores parten de la legitimidad de hacer privaciones al derecho de la propiedad privada del inversionista, que pueden darse sin que sea necesario indemnizarle, en la medida que esta responda a una actuación conforme a derecho y permita mejorar el desempeño estatal. Al observar el tipo de acciones que justifican las limitaciones a la propiedad del inversionista, sin necesidad de indemnizar, es posible concluir que se trata de medidas que buscan establecer un equilibrio entre los intereses individuales y colectivos, estos últimos agrupados bajo la denominación del interés estatal (interés público). Dentro de esta perspectiva, y como parte del orden público- tanto económico como social- la utilización de las disposiciones de ordenamiento territorial se

⁹⁵ Browlie, I. ((2003). *Public International Law*. Oxford University Press, 6ème Éd, p. 509. Citado por Yannaca C. (2004), Op.cit. n° 8, p. 5. La traducción es propia.

⁹⁶ Sornarajah, M.(1994) *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, p. 283. La traducción del texto es nuestra. Citado por Yannaca C. (2004), Op.cit. n° 6, p. 5.

encuentran plenamente justificadas, en el tanto constituyen una forma de mejora de la organización de los recursos de producción.

En este punto, resulta de interés considerar si las limitaciones a la propiedad privada, justificadas en el interés estatal de mejorar la utilización de su territorio, pueden ser consideradas como una forma de expropiación, es decir, como una medida que presenta un efecto equivalente a la expropiación. En este sentido, debe analizarse si se trata de una desposesión que opera: 1) por un interés público; 2) que no es discriminatoria; 3) que se realiza conforme al debido proceso y 4) que el afectado recibe una compensación justa.

En primer término, debemos analizar si estas medidas implican una privación total de la propiedad del inversionista o de su “riqueza”⁹⁷. A nuestro parecer, dada la ambigüedad del concepto de inversión, sí podría ser posible que una limitación de este tipo pudiera representar una “privación de la riqueza” del inversionista. Lo anterior, por cuanto dicho concepto comprende una serie de *intereses* económicos indeterminados, que podrían verse restringidos mediante normas de orden territorial o disposiciones que limiten el uso de este recurso para promover el desarrollo de la seguridad alimentaria local. Así por ejemplo, el inversionista podría alegar la pérdida de oportunidades de acceso al mercado o a partes de este, como sucedió en los casos *Pope & Talbot, Inc. c/ Canada* y *S.D Myers, Inc. c/ Canadá*; en los cuales los Tribunales del NAFTA examinaron las causas en las que se alegó la expropiación de la inversión.

No obstante, si bien los inversionistas alegaron una afectación de la inversión relativa al acceso al mercado en estos casos, los Tribunales desestimaron tal posibilidad.⁹⁸ Es decir, el inversionista puede alegar esta afectación, pero si no hay una desposesión o límite absoluto en el ejercicio de la propiedad no se da una verdadera privación; esto queda de manifiesta por cuanto el inversionista puede seguir disponiendo de su propiedad. Por lo tanto, no configura el presupuesto principal de la noción de expropiación indirecta o medida equivalente a una expropiación.

⁹⁷ Weston, B. *Op.cit*, n° 53.

⁹⁸ NAFTA, *Pope & Talbot, Inc.c/Canada, décision provisoire*, 26 juin 2000, paragraphes 96-98. *Op.cit.* n° 70. *S.D Myers, Inc. c/ Canada*, decisión partielle, 232. *International Legal Material*. p. 408, para. 232. Citado por Yannaca, C. *Op. cit.* n° 8, p.5.

Lo anterior, es de gran importancia para este estudio, en el tanto que la disposición racional de la tierra es un factor para la realización del derecho a la alimentación. Debido a que este último es una necesidad fundamental de la población, forma parte de un interés estatal que podría justificar plenamente el establecimiento de limitaciones a la propiedad privada. Todo ello, sin necesidad de indemnizar al inversionista extranjero. Asimismo, es preciso recordar que, según la costumbre internacional, no se justifica una indemnización cuando la medida se ampara en una disposición nacional no discriminatoria, legítima y conforme a los límites del poder de policía de un Estado⁹⁹.

*
* * *

1. El fenómeno del acaparamiento de tierras, que es una manifestación reciente de la inversión extranjera de alto volumen de capital, puede aumentar exponencialmente el recurso al arbitraje internacional en los próximos años (los efectos no son percibidos inmediatamente); toda vez que el acaparamiento de tierras –sea para producción de agrocombustibles o productos agroalimentarios de exportación– afecta en diferente medida la disponibilidad de alimentos para el consumo local.
2. El fenómeno del acaparamiento es un efecto directo de la instauración de un régimen internacional de protección de la inversión, debido a que provee una seguridad particular al inversionista, que de otra manera, no adquiriría la tierra de no existir tal garantía de recuperación del capital invertido.
3. Tanto la seguridad alimentaria como el ordenamiento territorial pueden o no ser considerados como elementos integrantes del interés público.
4. Si se consideran como integrantes de esta noción, es posible justificar la no indemnización en los casos en que proceda la expropiación de tierras destinadas a monocultivos que afecten la seguridad alimentaria de las poblaciones locales.

⁹⁹ Dolzer et Stevens. (1985). *Bilateral Investment Treaties*. CIRDI, p, 98 y Yannaca, C. *Op. cit.* n° 8, p.5.

5. Es igualmente posible que la seguridad alimentaria y el ordenamiento territorial no se consideren como elementos de la noción de interés público, debido a la imposibilidad de delimitar su contenido de forma categórica. En ese supuesto, la indemnización podría ser justificada.
6. Es posible que el inversionista solicite una indemnización al Estado receptor de la inversión, si las medidas relativas al ordenamiento territorial se consideran como formas de expropiación indirecta.
7. Sin embargo, la jurisprudencia arbitral parece ser reacia a asimilar las reglamentaciones nacionales a medidas equivalentes a una expropiación que dan derecho a solicitar una indemnización al Estado receptor de la inversión.
8. A pesar de la conclusión anterior, debe señalarse que en materia arbitral se sigue una lógica fuertemente influida por la casuística, en la cual la resolución de un caso por parte de los árbitros internacionales podría tener un desenlace diferente a los estudiados en el presente trabajo.
9. De esta manera, no deben hacerse afirmaciones categóricas en la materia bajo estudio. Resulta más realista hablar de orientaciones de la jurisprudencia o de tesis dominantes en la doctrina. En todo caso, se recomienda mantener una actitud atenta hacia los desarrollos de la temática en la práctica, durante los próximos años. En particular, con respecto al fenómeno del acaparamiento de tierras, a la firma de nuevos TBI y a las tendencias en el recurso al arbitraje internacional.