

APLICACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES POR TRIBUNALES CHILENOS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EXPROPIACIONES REGULATORIAS EN UN MUNDO CRECIENTEMENTE GLOBALIZADO*

SANTIAGO MONTT OYARZÚN**

RESUMEN: El autor sostiene en este trabajo la tesis de la plena aplicación por los tribunales chilenos de los tratados bilaterales de inversiones, puesto que están incorporados como derecho interno; aborda además el estatuto procesal y material que rige las disputas entre un inversionista extranjero y el Estado, el estatuto de responsabilidad del Estado que rige en estos casos y plantea la discriminación de los administrados chilenos por causa del distinto estatuto que los rige en comparación con los inversionistas extranjeros. Concluye señalando que producto del fenómeno de la internacionalización del derecho se debe perfeccionar nuestro derecho interno para superar las diferencias que se perciben en relación con el derecho internacional.

Palabras clave: Derecho administrativo - Derecho internacional - Tratados

ABSTRACT: In this Article, the author endorses the thesis that states that the existing Bilateral Treaties of investment should be fully enforced, since they are comprised into national law. He also deals with (i) the body of procedures and the substantive law which are applicable to disputes between a foreign investor and the State, (ii) the State's liability rules which apply to such cases, and (iii) the discrimination suffered by Chilean citizens because they must not abide by the same laws as their foreign counterparts. The author concludes that, because the law is increasingly international, Chilean legislation must change in order to overcome its differences with international law.

Key words: Administrative Law - International Law - Treaties

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES (TBIs) COMO DERECHO INTERNO CHILENO: APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LOS TRIBUNALES CHILENOS. a. El problema general de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno: monismo *versus* dualismo. b. El derecho internacional ante el derecho chileno. Aplicación del derecho internacional consuetudinario y del derecho de los tratados por los tribunales chilenos. c. Conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno. d. ¿Son los TBIs tratados *self-executing*? II. DISPUTAS ENTRE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y EL ESTADO EN EL DERECHO INTERNO CHILENO: TRIBUNAL

* Agradezco los comentarios y sugerencias proporcionados por los profesores Michael Reisman, Rudolf Dolzer y Carlos Carmona, como asimismo las conversaciones con los profesores Raúl Tavolari Oliveros y Francisco Zúñiga Urbina. Enorme gratitud debo también a la colaboración prestada por mi ayudante en Chile, María José Bowen Silva. Las opiniones expresadas en este trabajo corresponden solamente a las del autor.

** Profesor de derecho administrativo, Universidad de Chile, LL.M. y Candidato a Doctor en Derecho, Yale University.

COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS DE INVERSIÓN EN CHILE Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL. a. Tipos de TBIs: remedios locales, *fork in the road* y jurisdicción alternativa libre. b. Las acciones *tradicionales* del derecho interno chileno y las acciones emanadas de los TBIs. c. Aplicación de los TBIs y tribunal competente: ¿Juez de letras o presidente de la Corte Suprema? d. ¿Pueden invocarse normas de derecho internacional (TBI) en las acciones tradicionales del derecho interno chileno ante el juez de letras? e. Los tribunales del CIADI ante el derecho chileno: ¿Necesitan reforma constitucional? f. Inversionistas extranjeros y responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional ante los tribunales chilenos. III. EXPROPIACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SU DOBLE ESTATUTO EN EL DERECHO INTERNO CHILENO: ¿DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LOS ADMINISTRADOS CHILENOS? a. El principio fundamental de la protección del patrimonio y sus dos instituciones operativas: la expropiación y la responsabilidad. b. Estado de la cuestión de la expropiación y la responsabilidad del Estado en el derecho interno. c. Límites constitucionales a la discriminación positiva en favor de los extranjeros. d. Nuestra propuesta: revisar las bases de la expropiación y de la responsabilidad del Estado y nivelar a los chilenos hacia arriba. CONCLUSIONES: HACIA UNA GLOBALIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA EXPROPIACIÓN Y DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

INTRODUCCIÓN

Más allá de las palabras y de las ideologías, la globalización es un fenómeno que está afectando profundamente al mundo, y por ende, también al Derecho. La comprensión y aplicación del Derecho está dejando de ser *exclusivamente* una actividad centrada en la producción normativa estatal. En este sentido, la globalización está trayendo consigo al menos dos revoluciones metodológicas en el Derecho. Primero, lo que SLAUGHTER ha llamado la *fertilización-cruzada*, esto es, el uso intensivo del derecho comparado en la resolución de casos difíciles, especialmente en derecho constitucional¹. Segundo, la apertura de los sistemas normativos internos al derecho internacional. Si bien el derecho internacional “siempre ha sido derecho”, con la globalización su rol ha cambiado esencialmente de posición.

El derecho administrativo, a pesar de su eminente carácter nacional, no está al margen de este proceso. Desde una perspectiva clásica, uno de los roles fundamentales del mismo es la protección de los derechos de los administrados frente al Estado y para eso cuenta con dos herramientas básicas: una *a priori*, representada por el control judicial anulador de actos estatales, y una *a posteriori*, el control judicial reparatorio de tales actos. En concreto, los actos de la Administración –y más en general del Estado– pueden ser anulados o pueden ser causa de una indemnización reparatoria, siempre y cuando se cumplan los presupuestos normativos detallados por el ordenamiento.

¹ Vid. SLAUGHTER, Anne-Marie, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal* N° 44, pp. 192 y ss. (2003), L’HEUREUX-DUBE, Claire, “The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, *Tulsa Law Journal* N° 34, pp. 15 y ss. (1998), SLAUGHTER, Anne-Marie, “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of international Law Association* N° 40, pp. 1103 (2000), y también HONGJU KOH, Harold, “Transnational Public Law Litigation”, *Yale Law Journal* N° 100, p. 2401 (1991).

Pues bien, este trabajo pretende demostrar el profundo impacto que la globalización está produciendo en el derecho administrativo, concretamente en los campos de la expropiación y de la responsabilidad del Estado, a causa de la celebración de tratados de protección bilateral de inversiones. En efecto, hoy en día existen cerca de dos mil trescientos tratados internacionales de protecciones de inversiones celebrados entre las distintas naciones del mundo (en adelante TBIs, por tratados bilaterales de inversiones –en inglés BITs–, aunque también se les designa como APPIs, por *Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones*)². En el caso de Chile, ya hay treinta y siete de estos tratados vigentes (ratificados, promulgados y publicados), además de los tratados de libre comercio (TLC) celebrados con Estados Unidos y Corea que tienen un capítulo de protección de inversiones prácticamente idéntico a un TBI³.

Todos estos tratados son bien conocidos en nuestro medio por cuanto han sido creados fundamentalmente para ser aplicados por los tribunales arbitrales del CIADI⁴. En ellos, Chile se obliga a promover y a proteger las inversiones que los nacionales de las respectivas partes contratantes tengan en Chile, cosa que se hace esencialmente a través de los principios de trato justo y equitativo, trato nacional no discriminación y nación más favorecida, entre otros. Adicionalmente, en estos tratados se establece, sin excepción, que toda expropiación o nacionalización, o “cualquier otra medida de características o efectos similares”⁵ debe ser apropiadamente indemnizada. Esto es, el derecho a ser indemnizado se goza no solo frente a expropiaciones directas, sino también frente a las indirectas, incluyendo las llamadas expropiaciones regulatorias (esto sin perjuicio que los contornos de la expropiación como resultado de regulaciones adoptadas de buena fe por los Estados no sean actualmente claros en el derecho internacional).

Pero hasta aquí no se ha puesto suficiente atención al efecto que estos tratados están produciendo sobre el derecho interno chileno. Los profesores de derecho internacional público han repetido una y otra vez que, de acuerdo al derecho nacional, los tratados celebrados por Chile se incorporan al derecho interno, y por ende, son aplicables por los tribunales de justicia chilenos. De modo que, en Chile y ante los tribunales chilenos, los inversionistas extranjeros pueden demandar se condene al Estado al pago de los daños y perjuicios causados en caso de vulneración de los derechos establecidos en los citados tratados, por ser dicha indemnización la consecuencia habitual de un ilícito internacional. E incluso más, en la medida que los principios de responsabilidad estatal

² De acuerdo a la UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT 2004, a fines del año 2003 existían 2.265 tratados bilaterales de inversión concluidos en el mundo (disponible en <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3235&lang=1>, última visita 10 de noviembre de 2004).

³ Los tratados están disponibles en la página web de la DIRECON, en <http://www.direcon.cl/otros-acuerdos-appi.php> (última visita, 26 de octubre de 2004).

⁴ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, tratado que entró en vigencia el 16 de octubre de 1966. Aunque se trata de una organización autónoma, el CIADI tiene una vinculación directa con el Banco Mundial. Vid. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/intro.htm> (última visita, 28 de septiembre de 2004) y entre nosotros, el reciente artículo publicado por MAYORGA L., Roberto, “CIADI: Un instrumento para inversionistas internacionales”, en *Revista del Abogado* N° 31 (julio 2004).

⁵ TBI Chile-España, artículo 5.

del derecho internacional lo permitan, también pueden demandar declaraciones de certeza o de condena, incluyendo la terminación del acto ilícito y sus efectos, todo ello en el marco de los conceptos reparatorios de *cesación y satisfacción*.

En el marco de lo anteriormente indicado, y con el objeto de contribuir en el debate académico nacional relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, esta presentación se estructura en torno a tres ideas generales. En primer término, que si se demuestra –como se ha dicho– que las normas de los TBIs son parte del derecho interno, entonces necesariamente el derecho administrativo chileno tiene que hacerse cargo de este nuevo elemento e integrarlo en la teoría de la protección de la propiedad, incluyendo la expropiación y la responsabilidad del Estado. En otras palabras, el estudio tradicional de la expropiación y de la responsabilidad del Estado está actualmente incompleto sin tomar en consideración los elementos sustantivos y procesales establecidos en estos tratados. Buscamos en este sentido sentar la primera piedra del estudio del derecho administrativo –y en general de todo el derecho público interno– en la nueva perspectiva de su *internacionalización*.

En segundo término, que las consecuencias de la incorporación de los TBIs al derecho interno son más profundas y sorprendentes de lo esperado –al menos más que lo previsto por los negociadores chilenos– tanto desde una perspectiva procesal como material. De conformidad a una norma olvidada entre nosotros, el Presidente de la Corte Suprema posee competencia para conocer de asuntos que deban resolverse conforme al derecho internacional, situación que permite a los inversionistas extranjeros llegar en forma directa a la máxima magistratura para resolver violaciones a los derechos protegidos por los tratados. Nuestro ordenamiento establece desde hace más de un siglo este poderoso recurso que solo hoy, luego de la celebración de numerosos TBIs, ha terminado por cobrar un vigor sorpresivo. Enseguida, bajo una óptica sustantiva, la responsabilidad del Estado se rige en este ámbito por un estatuto de derecho internacional que es considerablemente distinto al del derecho público interno. Como resultado de esta diferencia, la protección de los TBIs incluye casos de expropiación material y/o responsabilidad sin falta que actualmente no están cubiertos por el derecho administrativo interno para los administrados chilenos⁶.

En tercer y último término, y reconociendo que la exposición podría haberse limitado a los puntos anteriores, no podemos eludir hacernos cargo de la pregunta por la razonabilidad de mantener dos sistemas de expropiación-responsabilidad distintos para inversionistas extranjeros y chilenos. ¿Han quedado los administrados chilenos en una situación de discriminación no permitida por la Constitución chilena? En nuestro concepto, dada la doctrina sobre responsabilidad del Estado que ha adoptado la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema –que excluye cualquier caso de responsabilidad sin falta salvo texto legal expreso– sí hay discriminación. En efecto, los chilenos estamos siendo discriminados arbitrariamente al disponer de un estatuto de protección del patri-

⁶ En este trabajo los conceptos “administrado” o “ciudadano chileno” se usan simplemente como sinónimos de una persona natural o jurídica que no califica como inversionista extranjero para acceder a los beneficios de los BITs.

monio formado por el binomio expropiación formal-estricta (no material) y responsabilidad por falta de servicio que resulta excesivamente débil en comparación con el que protege a los inversionistas extranjeros. Esto no significa en absoluto que el problema esté en el lado de los inversionistas extranjeros –de hecho, la protección que reciben es perfectamente razonable y apropiada–, sino todo lo contrario: son los administrados chilenos los que no pueden quedar desmejorados. Para cumplir con los preceptos de nuestra Constitución, el campo de juego necesariamente se tiene que elevar hacia arriba para todos por igual, al menos en los aspectos sustantivos más medulares. En otras palabras, la protección del derecho público interno no puede ser menor a la protección del derecho internacional.

Este trabajo procede del siguiente modo. En la primera parte se intenta demostrar que los TBIs están incorporados como derecho interno y que por ello son plenamente aplicables por los tribunales chilenos. Para ello, se trata el clásico tema de la aplicación del derecho internacional por tribunales domésticos. La segunda parte trata sobre el estatuto procesal y material que rige las disputas entre un inversionista extranjero y el Estado. Siempre desde la perspectiva del derecho interno, se estudian aquí algunos problemas asociados a la competencia de los tribunales del CIADI, del Presidente de la Corte Suprema y de los Jueces Civiles de Letras. En cuanto a derecho sustantivo, se analiza someramente el estatuto de responsabilidad del Estado que rige en las disputas entre inversionistas extranjeros y el Estado, centrando la atención en las expropiaciones regulatorias en cuanto hipótesis de responsabilidad sin falta. En la tercera parte se vuelve la mirada a los administrados chilenos, y a la discriminación de la cual están siendo objeto por causa del distinto estatuto de expropiación-responsabilidad del Estado que los rige en comparación a los inversionistas extranjeros.

Las conclusiones cierran llamando nuevamente la atención sobre el proceso globalizador y su efecto sobre el Derecho, y más en concreto, sobre la necesidad de replantear en –dicho contexto– algunos de los problemas clásicos del derecho administrativo como lo es la responsabilidad del Estado.

I. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES (TBIs) COMO DERECHO INTERNO CHILENO: APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LOS TRIBUNALES CHILENOS

La afirmación general que los TBIs forman parte del derecho interno chileno no es trivial y requiere ser acreditada exhaustivamente. Esta demostración exige presentar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en general, para luego analizar la misma en particular para el caso del derecho chileno. El aspecto medular de esta discusión se centra en la naturaleza *self-executing* o *non-self-executing* de los TBIs, pues es la condición de autoejecutable la que permite a un Juez chileno aplicar un tratado internacional para resolver una disputa de su competencia.

A. EL PROBLEMA GENERAL DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: MONISMO *VERSUS* DUALISMO

La pregunta fundamental que hay detrás de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno se refiere a si ambos derechos forman un solo sistema normativo o si, por el contrario, forman dos sistemas distintos⁷. Vale decir, cómo concurren ambos derechos cuando un conflicto requiere la aplicación de normas que operan simultáneamente, ya sea ante tribunales internacionales o ante tribunales locales⁸. Ejemplos clásicos de libro de texto son los casos de concurrencia de normas de nacionalidad y de determinación territorial⁹. Las dos preguntas necesarias que el aplicador del derecho no puede eludir son: ¿Puede un tribunal internacional aplicar derecho interno, o un tribunal interno aplicar derecho internacional? Y, en caso de conflicto, ¿cuál derecho prima?

Dos teorías han surgido para responder a esta tensión entre el derecho internacional y el derecho interno. La teoría *dualista* defiende la idea de dos órdenes distintos que regulan dos materias diferentes. El derecho internacional trata la relación entre los Estados y el derecho interno las relaciones entre privados y entre privados y el Estado. Se trata entonces de dos planos que no se tocan, y que carecen del poder de alterar o modificar las reglas del otro¹⁰. Para esta teoría, la aplicación del derecho internacional en el derecho interno es simplemente el resultado de un llamado de este último en tal sentido, tal como en otros casos llama a la aplicación del derecho extranjero. En caso de conflicto, los tribunales internacionales deben aplicar derecho internacional y los tribunales locales, derecho interno¹¹.

Las teorías monistas –que no son una sino varias y de distinta intensidad– postulan la unicidad del derecho internacional y nacional. Las teorías monistas fundan la unicidad en el derecho internacional, por la sencilla razón que hacerlo desde el derecho local lleva a la negación de la existencia de un orden normativo internacional¹². Los monistas radicales, como Kelsen, postulan que la norma primaria de la pirámide normativa está en el derecho internacional y que desde ella recibe su valor y validez el derecho interno. Por ende, las normas de derecho internacional tienen un estatus superior al derecho interno y en caso de conflicto, prevalecen. Formas más moderadas de monismo prefieren enfatizar el hecho que el derecho internacional determina un amplio margen de acción para cada Estado, delimitando así la libertad de acción de los mismos. A pesar de que mantienen la idea de la supremacía del derecho internacional, esto no les impide afirmar a algunos monistas que las leyes y normas de derecho interno son “provisionalmente válidas” en el caso que sean contradictorias con las normas del derecho interna-

⁷ Vid. PARTSCH, Karl Joseph, “International Law and Municipal Law”, en Bernhardt, RUDOLF, *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland, New York, 1992-2003), Vol. II, p. 1183.

⁸ Vid. BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, New York, New York, 2003), 6ª ed., p. 31.

⁹ Vid. *Ibidem*.

¹⁰ Vid. *Idem.*, p. 32.

¹¹ Vid. PARTSCH, *supra* nota 7, p. 1185.

¹² Vid. *Ibidem*.

cional y que por ello deban ser aplicadas por los tribunales domésticos al resolver conflictos de su competencia¹³. Esto por supuesto no libera al Estado de la eventual responsabilidad que le incumbe en cuanto al incumplimiento de obligaciones en el plano internacional.

La discusión entre las distintas escuelas citadas tiene un contenido político que corresponde a las ideologías prevalecientes durante los siglos XIX y XX. Especialmente en el caso de los dualistas, se trataba de defender y consolidar la soberanía de los Estados independientes por sobre el idealismo internacionalista que normalmente acogía, al menos implícitamente, las visiones de los países europeos. De modo que, primero fueron dualistas los Estados latinoamericanos del siglo XIX, y luego, durante el siglo XX lo fueron los Estados marxistas. Con ello estos últimos evitaban recibir la influencia liberal o capitalista vía el derecho internacional¹⁴.

En la actualidad nadie acepta un dualismo radical o un monismo radical. Los tribunales domésticos aplican frecuentemente derecho internacional –especialmente en Estados Unidos y en Europa–, y por lo mismo, ya nadie niega la concurrencia efectiva de normas de ambos órdenes en ciertos conflictos. Pero la aplicación del derecho internacional por los tribunales domésticos tampoco exige aceptar el monismo, porque un sistema normativo puede llamar a otro a resolver ciertos puntos de derecho y las reglas sistémicas de ambos órdenes pueden ser distintas. La gran discusión sigue siendo, en todo caso, la solución de conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno cuando ambos concurren en su aplicación. Aunque ambas escuelas reconocen la primacía interna del derecho interno, ambas disienten en el valor que le asignan a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de normas internacionales¹⁵. Monistas utilizan dicha responsabilidad para afirmar la primacía del derecho internacional, y dualistas enfatizan que dicha responsabilidad solo puede conllevar la obligación de pagar una reparación pero nunca la anulación de la norma de derecho interno.

Ahora bien, crecientemente los publicistas están evitando la discusión teórica monismo-dualismo¹⁶ por diversas consideraciones, entre ellas tal vez la más importante, el hecho que los sistemas normativos de los distintos países se han uniformado en aceptar la incorporación interna del derecho internacional. Si bien es cierto que el estatus del derecho internacional en el derecho interno es siempre, en primer término, una pregunta de derecho constitucional también interno, las naciones del mundo han terminado por aceptar la aplicación interna del mismo. Por cierto que continúa existiendo un sinnúmero de variantes en relación a la solución de conflictos normativos entre la Constitución y un tratado, entre la ley y un tratado, entre la ley y el derecho internacional consuetudinario, como asimismo en relación a la interpretación de leyes de conformidad o no al derecho internacional. Esto sin considerar además el variado conjunto de complicaciones que acarrea en ciertos sistemas legales el hecho que el Ejecutivo pueda

¹³ Vid. *Ibidem*.

¹⁴ Vid. *Idem.*, p. 1187.

¹⁵ Vid. *Idem.*, p. 1186.

¹⁶ Vid. BROWNLIE, *supra* nota 8, p. 33.

celebrar ciertos tipos de tratados sin la concurrencia del Parlamento. Como hemos señalado, no es este el lugar para entrar en detalle sobre este complicado tema, por lo que solo proporcionamos una visión comparada a fin de comprender la aplicación de los TBIs en el derecho interno chileno.

En Estados Unidos –país que representa un modelo que ha influido la realidad de los países republicanos, en particular los sujetos a un sistema presidencial– el derecho internacional es parte del derecho de la nación como derecho de rango federal (*law of the land*). En cuanto al derecho de los tratados, la llamada *Supremacy Clause* establecida en el artículo VI sección 2ª de la Constitución declara que tanto las leyes como los tratados aprobados de conformidad a la Constitución son ley de la nación y por ende vinculantes tanto para los jueces federales como para los jueces de todos los estados. De forma que, en principio, los tratados forman parte del derecho interno, aunque la incorporación efectiva de los mismos depende de que su naturaleza sea *self-executing* o de *aplicación directa*. Si el tratado es *non-self-executing*, entonces “no debe dársele el efecto de ley en ausencia de la necesaria implementación”¹⁷. Al tratar el caso del derecho internacional en el derecho interno chileno volveremos sobre esta clasificación de los tratados.

En cuanto al derecho internacional consuetudinario, la Corte Suprema afirmó en 1900, en el famoso caso *The Paquete Habana*, que “el derecho internacional es parte de nuestro derecho y debe ser establecido y administrado por los tribunales de justicia que posean jurisdicción cada vez que se les presenten cuestiones de derecho que lo requieran para su determinación”¹⁸. De modo que, aunque algo de discusión se ha producido últimamente, el derecho internacional público es parte del derecho federal norteamericano¹⁹. Esto es por cierto sin perjuicio de la facultad del Congreso federal para derogar en el plano interno el derecho internacional mediante la dictación de leyes, intención legislativa que en todo caso jamás se presume²⁰. Por el contrario, el derecho interno se interpreta siempre de conformidad al derecho internacional²¹.

¹⁷ *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, §111(3). La doctrina que distingue entre los tratados *self-executing* y *non-self executing* apareció por primera vez en el fallo del juez Marshall *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 253.

¹⁸ *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 708 (1900). La Corte afirmó lo siguiente: “International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as question of rights depending upon it are duly presented for their determination. For this purpose, where there is no treaty, and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilized nations; and as evidence of these, to the works of jurists and commentators, who by years of labor, research and experience, have made themselves peculiarly well acquainted with the subjects of which they treat”.

¹⁹ La posición contraria en BRADLEY, Curtis A. y GOLDSMITH, Jack L., “Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position”, en *Harvard Law Review* N° 110, pp. 85 y ss (1997). Una defensa de la tesis tradicional del derecho consuetudinario internacional como derecho federal en KOH, Harold, “Is International Law Really State Law?”, en *Harvard Law Review* N° 111, pp. 1824 y ss (1998).

²⁰ *Vid.* STEINHARDT, Ralph G., *International Civil Litigation: cases and materials on the rise of international law*, LexisNexis, Newark, New Jersey, 2002, p. 14.

²¹ *Vid.* SHAW, Malcolm N., *International Law* (Cambridge University Press, New York, New York, 2003), 5ª ed., p. 149.

Dos casos con provisión constitucional expresa que vale la pena mencionar son Alemania y Rusia. La Constitución alemana establece en su artículo 25 que “las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Ellas priman sobre las leyes y crean, en forma directa, derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”²². Esto incluye tanto al derecho de los tratados como al derecho internacional consuetudinario²³. Otra constitución moderna, la de la Federación Rusa de 1993, establece una norma semejante. Su artículo 15(4) dispone que “los principios generalmente reconocidos y las normas de derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa formarán parte constitutiva de su sistema legal. Si un tratado internacional de la Federación Rusa establece reglas distintas de aquellas estipuladas por la ley, las reglas del tratado internacional serán las aplicables”²⁴.

En contraste, el silencio de nuestra Constitución no deja de llamar profundamente la atención. La crítica de nuestra academia al texto constitucional es fuerte y reiterativa en este punto. La consecuencia no es otra que toda la construcción teórica de la recepción del derecho internacional es obra doctrinaria y jurisprudencial. Esta falta de bases sólidas en términos positivos implica que toda esta pieza fundamental del ordenamiento jurídico se encuentra sujeta al vaivén temporal de los cambios de tendencias e ideas propias de las señaladas fuentes del Derecho.

Aunque el debate monismo-dualismo tiene un sabor academicista que no se aviene con la realidad del siglo XXI, la verdad es que sigue cumpliendo con una labor instructiva al enmarcar la discusión de la aplicación del derecho internacional en el derecho interno. En todo caso, como señala Partsch, “los nuevos intentos por circunscribir esta relación [entre derecho internacional y derecho interno] usan términos como ‘interacción’, ‘interdependencia’ y ‘nexo dialéctico’”. La proposición de que algún tipo de jerarquía existe entre el orden legal internacional y el orden municipal es evitada. Es reconocido que el derecho internacional necesita de la colaboración del Estado para su implementación y que la cooperación recíproca de ambos lados es necesaria”²⁵. En todo caso, para cerrar este capítulo, es necesario llamar la atención sobre el hecho que los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno se presentan a nivel de *obligaciones* y no a nivel de *sistemas*, esto es, aparecen en forma localizada y no sistémica. Por eso se habla hoy de cooperación y coordinación como solución a la tensión monismo-dualismo²⁶.

²² Vid. BENADAVA CATTAN, Santiago, *Derecho Internacional Público* (Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1989), 3ª ed., p. 69, y SHAW, *supra* nota 20, p. 155.

²³ Vid. PARTSCH, *supra* nota 7, p. 1199.

²⁴ Citado por SHAW, *supra* nota 21, p. 159.

²⁵ Vid. PARTSCH, *supra* nota 7, p. 1200.

²⁶ Vid. BROWNLIE, *supra* nota 8, p. 33.

B. EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL DERECHO CHILENO. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO Y DEL DERECHO DE LOS TRATADOS POR LOS TRIBUNALES CHILENOS

En términos generales, se puede afirmar que nuestro país sigue la corriente hoy casi universal representada por la incorporación del derecho internacional en el derecho interno. Ahora bien, esta afirmación general requiere analizar separadamente el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados, pues ambos están sometidos a reglas y principios distintos en este proceso de incorporación.

En relación al derecho internacional consuetudinario la Constitución chilena guarda el más absoluto silencio. Esto no ha sido obstáculo, ni en el presente ni el pasado, para que los publicistas acepten la proposición general de la recepción global del derecho internacional consuetudinario en el derecho nacional²⁷. Como afirma Santiago Benadava, “en Chile el Gobierno, los tribunales y los autores han reconocido que el derecho internacional general forma parte del derecho chileno”²⁸. Pero, al igual que en Estados Unidos, en nuestro medio se afirma que esta recepción cuenta con una gran limitación: “en el caso de conflicto inevitable entre la norma de derecho internacional consuetudinario y una ley interna, la ley interna prevalece (en el plano interno) sobre la norma de derecho internacional. En este caso, el juez debe aplicar la ley interna aun si la juzga contraria al derecho internacional general o consuetudinario”²⁹. La adopción del “sistema de ejecución interna general de las normas internacionales” ha sido así obra de la doctrina y de la jurisprudencia ante ausencia más completa de texto expreso constitucional o legal³⁰.

En materia de tratados, la situación es más complicada. Como lo ha requerido desde antiguo la Corte Suprema, la validez interna de los tratados requiere de la promulgación de los mismos por Decreto Supremo del Presidente de la República y su posterior publicación en el Diario Oficial³¹. La misma opinión manifiesta Santiago Benadava, al

²⁷ De acuerdo a ORREGO VICUÑA, Francisco, y ORREGO BAUZÁ, Francisco, “National Treaty Law and Practice: Chile”, en MONROE LEIGH (Ed., *et al.*), *Natrional Treaty Law and Practice: Austria, Chile, Colombia, Japan, the Netherlands, and United States*, American Society of International Law (1999), p. 46, “There are also important cases in which the automatic incorporation of customary international law has been recognized by the courts and applied accordingly. International law writers are generally in agreement that this is the right approach for the application of international law in Chile”. En similares términos, BENADAVA, *supra* nota 22, p. 73.

²⁸ BENADAVA, *supra* nota 22, p. 71.

²⁹ BENADAVA, *supra* nota 22, p. 73.

³⁰ *Vid.* GAETE GONZÁLEZ, Eugenio A., “Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, Tomo I, p. 265. *Vid.* también, BENADAVA, Santiago, “Las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional* (Editorial Jurídica, 1992), pp. 10-26.

³¹ *Gaceta de los Tribunales*, 1921, primer semestre, p. 22. *Vid.* también ORREGO y ORREGO, *supra* nota 27, p. 44. Dado su transfondo político, es interesante señalar cómo en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile en 1976 y vigente desde el 23 de marzo de 1976, la Corte Suprema afirmó sistemáticamente durante la década de los 1980 que por no estar promulgados ni publicados, no formaban parte del ordenamiento. *Vid.* INFANTE CAFFI, María Teresa, “Los Tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 2 y 3, Tomo I, p. 281 (1996), y la jurisprudencia que ella menciona en dicha página.

decir que “los tratados destinados a ser aplicados en el plano interno requieren de un acto formal de recepción o incorporación. El tratado no es ‘conocido’ por los jueces nacionales a menos que haya sido puesto en su conocimiento en la forma prescrita por el derecho interno”³².

Esta postura frente a los tratados proviene originalmente de su asimilación normativa a la ley y de la aplicación por analogía de las normas de promulgación y publicación establecidas en la Constitución y el Código Civil³³. En todo caso, como previene el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 288 de 24 de junio de 1999, la distinta naturaleza normativa de los tratados y las leyes internas³⁴, e incluso más, la distinta entrada en vigencia de los tratados en el plano internacional y en el derecho interno, no constituyen obstáculos para que estos deban ser promulgados y publicados a fin de que se incorporen al derecho interno:

La promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental³⁵.

Sin perjuicio de su promulgación y publicación, como bien advirtiera Benavada en la primera edición de su *Manual* en 1977, en Chile, como en el caso de los Estados Unidos, la incorporación efectiva del Tratado depende de un requisito adicional: el tratado debe ser *self-executing* o autoaplicable –o de aplicación directa– lo que se cumpliría cuando sus “disposiciones son completas y detalladas”³⁶. Por el contrario, si el tratado es *non-self-executing* es necesario que “se dicten normas legislativas para su aplicación interna”³⁷.

³² BENADAVA, *supra* nota 22, p. 71.

³³ Vid. ORREGO y ORREGO, *supra* nota 27, p. 45. El Decreto Ley 247 de 1973 que regulaba el procedimiento de celebración y aprobación de tratados por la Junta Militar –actualmente derogado por la Ley 18.903 de 1990– establecía en términos imperativos la necesidad de la referida promulgación y publicación de los tratados para su aplicación interna.

³⁴ En el fallo que resolvió el requerimiento en contra del Acuerdo entre la República de Chile y la República de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el monte Fitz Roy hasta el cerro Daudet, Rol 288, 24 de junio de 1999, el Tribunal afirmó en el considerando 6°, “que, cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a la Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, N° 2°, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

³⁵ Considerando 7° de la sentencia citada en la nota anterior. Vid. además considerandos 8° a 11°.

³⁶ BENADAVA, Santiago, *Manual de Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1976, 1ª ed., p. 89. Vid. también BENADAVA, *supra* nota 22, p. 72.

³⁷ BENADAVA, *supra* nota 22, p. 72. Agrega que, “por ejemplo, un tratado en que las partes se obligan a prevenir y a castigar ciertos delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, requerirá además de una ley en que se definan estos delitos, se establezcan las penas, se extienda la jurisdicción de los tribunales nacionales, etc.” (pp. 72-73).

Esta clasificación de los tratados en *self-executing* o autoejecutables y *non-self-executing* o no autoejecutable –que proviene del derecho norteamericano³⁸– “da lugar a los problemas más complejos en todo el debate sobre los efectos de los tratados en el derecho interno”³⁹. Desde la década de 1950, a partir de algunos conflictos internacionales prominentes resueltos en los tribunales norteamericanos en los que se discutía la calidad *self-executing* de algunos preceptos del Estatuto de la ONU –entre otros tratados–, esta doctrina se repartió por el resto del mundo, incluyendo Europa y Latinoamérica⁴⁰. En Chile, es demostrativo que la misma no haya aparecido en la doctrina ni en la jurisprudencia sino hasta muy recientemente⁴¹. En todo caso, en la actualidad, la voz *Self-Executing Treaty Provisions* ocupa un lugar en la Enciclopedia de derecho internacional público editada por el Instituto Max Planck, lo que demuestra su aceptación entre los internacionalistas⁴².

La recepción de la misma en Europa fue objeto de diversas transformaciones, hasta su reelaboración como la doctrina de la “aplicación directa”⁴³. En efecto, primero, tuvo muchísima influencia el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Jurisdicción de los Tribunales de Danzig*⁴⁴. En ese caso, la C.P.J.I. declaró que “el objeto principal de un acuerdo internacional, de conformidad a la intención de las partes, puede ser la adopción de reglas definitivas que crean derechos individuales y

³⁸ Vid. IWASAWA, Yuji, “The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis”, en *Virginia Journal of International Law* N° 26 (1986), pp. 635 y ss. En el mismo sentido, BLECKMAN, Albert, voz “Self-Executing Treaty Provisions”, en RUDOLF BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland, New York, 1992-2003), Vol. IV, p. 374. Esta doctrina aparece por primera vez en un famoso pasaje del Juez Marshall (el mismo del caso *Marbury v. Madison*), en el caso *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 253, 314: “Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract –when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not to the judicial department; and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the courts”.

³⁹ JACOBS, Francis G., “Introduction” en JACOBS, Francis G. y ROBERTS, Shelley, *The Effects of Treaties in Domestic Law* (Sweet & Maxwell, London, 1987), p. xxvii.

⁴⁰ Vid. IWASAWA, *supra* nota 38, p. 628.

⁴¹ Cabe señalar que en el magnífico trabajo publicado por BENADAVA CATTÁN, Santiago, “Las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LIX, 1ª Parte, pp. 1 y ss (1962), la pregunta por la autoaplicación o aplicación directa ni siquiera aparece mencionada. Esto confirma lo que más adelante se indica, en cuanto a que la importación de la categoría norteamericana *self-executing/non-self-executing* se produjo tardíamente en nuestro país, probablemente mucho después de haber sido adoptada en Europa en 1962.

⁴² Vid. BLECKMAN, *supra* nota 38, p. 374.

⁴³ Ver los dos casos más relevantes a este respecto: *Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Corte Europea de Justicia, Caso 26/62 (1963), ECR 1, y *Ammistrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, Corte Europea de Justicia, Caso 106/77 (1978), ECR 629. Por su parte, los tratados celebrados por la Unión Europea también pueden ser directamente aplicables, *vid. Hauptzollamt Mainz v. C.A. Kupferberg & Cie.*, Corte Europea de Justicia, caso 104/81 (1982), ECR 3641. La jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia está disponible en el siguiente sitio: <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm> (última visita, 21 de octubre de 2004).

⁴⁴ P.C.I.J. (3 de marzo 1928), Series B, N° 15, disponible en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/icpij/> (última visita, 21 de octubre de 2004).

obligaciones, invocables ante los tribunales nacionales”⁴⁵. Enseguida, en la década de los 60 la Corte Europea de Justicia elaboró la citada doctrina de la “aplicación directa”, en virtud de la cual el derecho de la Comunidad –hoy Unión– tenía efecto directo en su aplicación por los tribunales de los Estados miembros⁴⁶.

Entre nosotros, más allá de las opiniones de la academia, la clasificación en estudio parece haberse instalado definitivamente luego de haber sido adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir del año 2000. En efecto, la primera referencia *explícita* a esta clasificación aparece en la sentencia de la causa Rol 309, de fecha 4 de agosto de 2000, que resolvió el Requerimiento en contra del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En el considerando 48° de esta sentencia, el Tribunal estableció las siguientes afirmaciones:

Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina *self executing* y *non self executing*.

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que, por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que solo contengan cláusulas autoejecutables y otros que solo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no autoejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno, solo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe –en esta instancia jurisdiccional– pronunciarse sobre su constitucionalidad.

⁴⁵ *Idem.*, pp. 17-18.

⁴⁶ *Vid.* IWASAWA, *supra* nota 38, pp. 629-630.

De acuerdo a la doctrina citada, la calidad de *non-self-executing* o no autoejecutable –calidad que *en principio* se predica en relación a las normas de un tratado y no sobre el tratado en sí⁴⁷– impide no solo que un juez chileno aplique directamente una norma del tratado en un conflicto interno sino además impide que la referida norma de derecho internacional –que no deja por ello de ser obligatoria para el Estado de Chile en el plano internacional– sea incorporada al derecho interno. Nótese que esta situación es de tal entidad, que el Tribunal ni siquiera pueda hacer control preventivo de la misma, debiendo esperar la respectiva implementación normativa de las autoridades internas para efectuar el mismo⁴⁸. Aunque esta autolimitación en el control preventivo ha sido matizada en un caso posterior –sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003, causa Rol 383, que resolvió el Requerimiento contra el Acuerdo que aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁴⁹– la distinción *self-executing* y *non-self-executing* ha sido en definitiva llevada al extremo por el Tribunal Constitucional al asimilar, como se ha dicho, la calidad *non-self-executing* con la no incorporación de las normas al ordenamiento jurídico interno⁵⁰.

⁴⁷ Esto es consistente con la doctrina internacional y comparada, *vid.* BLECKMAN, *supra* nota 37, p. 376, quien sostiene que “The rules on direct applicability outlined in this article have dealt with treaties as a whole. However, according to national and European case-law, even each paragraph within the clause, must be individually examined as to its direct applicability”.

⁴⁸ A favor de este criterio del Tribunal, CARMONA SANTANDER, Carlos, “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas”, en UNIVERSIDAD DE CHILE, *Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional*, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001, pp. 155-156. En contra, RIBERA NEUMANN, Teodoro, “El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en UNIVERSIDAD DE CHILE, *Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional* (Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001), pp. 59-61.

⁴⁹ En el considerando cuarto, el Tribunal declaró que “Que, por otra parte, la distinción efectuada por la ya citada sentencia de este Tribunal de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309, entre normas autoejecutables y no autoejecutables, debe ser precisada para una comprensión cabal de la jurisprudencia de esta Magistratura, siendo esta la oportunidad de hacerlo. Tal doctrina, desde luego y naturalmente, tiene una excepción importante. Esta consiste en que si la norma no autoejecutable requiere de la aprobación por el Estado de Chile de preceptos que, conforme a la Constitución, conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención, como podría ocurrir en la especie, no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución sobre ella, habida consideración, en especial, de las disposiciones sobre cumplimiento de los tratados, con singular significación su artículo 27, contenidas en la Convención de Viena publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981. La excepción anotada cobra mayor fuerza si existe una jurisprudencia de este Tribunal que pudiera estimarse aplicable al caso en estudio, como acontece con la sentencia dictada el 8 de abril de 2002, Rol N° 346”.

⁵⁰ La asimilación de la calidad de *non-self-executing* y la no incorporación del tratado al derecho interno es materia muy discutida en Estados Unidos, pero la corriente que la afirma es fuerte. Sobre este punto *Vid.* IWASAWA, *supra* nota 38, pp. 639-640, y p. 644, citando numerosa jurisprudencia y doctrina. Una de las facetas más complicadas que se deriva de esta asimilación es el poder interpretativo de un tratado *non-self-executing* respecto al ordenamiento interno. *Vid.* PAUST, Jordan J., “Self-Executing Treaties”, en *American Journal of International Law* N° 82, pp. 781-782 (1988), y más en general, DAVID SLOSS, “The Domestication of International Human Rights”, en *The Yale Journal of International Law* N° 24, pp. 129 ss (1999), y IWASAWA, *supra* nota 38, pp. 639-640. En Chile, en contra de esta asimilación, *vid.* INFANTE CAFFI, *supra* nota 31, p. 282, “La plena comprensión de las obligaciones que asume un Estado mediante su participación en un tratado internacional no ha estado exenta de dificultades en nuestra jurisprudencia, confundiendo a veces la falta de vigencia de las disposiciones de un tratado con su naturaleza no autoejecutiva, vale decir, con la necesidad de cumplir con la dictación de normas complementarias o

Por su parte, la Corte Suprema parece haber empezado a utilizar el concepto de autoejecutabilidad, al menos implícitamente, antes que el Tribunal Constitucional. De una investigación basada en los trabajos de otros comentaristas, hemos podido apreciar que las primeras referencias a la no autoejecutabilidad aparecen en jurisprudencia de la década de los 1980⁵¹. Al menos en uno de estos casos, al igual que en la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema también asimiló la naturaleza no autoejecutiva con la no incorporación del tratado al derecho interno⁵².

Pero más allá del efecto extremo otorgado a la referida clasificación por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, su contenido no es en absoluto claro en nuestro Derecho. Es decir, la pregunta fundamental del derecho de los tratados en el plano interno no tiene una respuesta satisfactoria en la jurisprudencia (tampoco en la doctrina nacional). De una lectura atenta de los fallos antes citados aparece que los únicos criterios utilizados son: primero, el “carácter programático” de las normas contempladas en el tratado; segundo, si las normas “se bastan a sí mismas”; y tercero, el hecho mismo que el tratado llame a su implementación ulterior. Si bien los factores objetivos parecen primar, al mismo tiempo es indiscutible que tales criterios

reglamentarias que permitan su plena ejecución”. En el mismo sentido parece pronunciarse NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, Tomo I, p. 343. En todo caso, el fallo de fecha 28 de enero de 1999, Rol 282, que resolvió el requerimiento en contra del Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia, se pronunció en el sentido que el Presidente puede dictar un tratado de ejecución sobre la base de un “tratado-marco”. Aunque no se hace formula ninguna relación entre “tratado-marco” y tratado *non-self-executing* sí parece deducirse que el tratado no autoejecutable forma parte del ordenamiento desde la perspectiva del Presidente de la República, en el sentido que sirve como norma habilitante para ponerlo en vigencia en el orden interno mediante la dictación de un tratado o acuerdo de ejecución (dictados de conformidad con los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 inciso segundo de la Constitución). En un sentido similar, *vid. Comunidad Galletué con Fisco, Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXI, 2ª Parte, Sección 1ª, pp. 117 ss. (1984), considerandos 4° a 6°, donde se declara ajustado a Derecho un decreto de ejecución de un tratado de apariencia no autoejecutable.

⁵¹ En al menos tres casos la Corte Suprema ha rechazado la aplicación de un tratado por no considerarlo parte del ordenamiento jurídico al no estar implementado en el orden interno: a) caso Leopoldo Ortega Rodríguez, *Fallos del Mes* N° 311, octubre 1984, pp. 588 y ss., respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) caso *Benedicto Enrique Figueroa Puentes, Fallos del Mes* N° 310, septiembre de 1984, pp. 463 y ss., respecto al mismo tratado de la letra anterior; y, c) Recurso de inaplicabilidad presentado por Alfredo Insunza Bascuñán, de fecha 24 de agosto de 1990, citada en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, Tomo II, p. 453, respecto a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

⁵² En el mismo caso Leopoldo Ortega Rodríguez citado en la nota anterior, pp. 591-592, el tribunal afirma lo siguiente: “12) Que, finalmente, la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el art. 2 párrafo 2 del propio Pacto en cuestión, el cual dispone: ‘Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter’. Este precepto torna, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordes en que sus estipulaciones carecían de las virtualidades de reputarse incorporadas automáticamente a su derecho interno. Por el contrario, previnieron que para ello se requería que cada cual adoptara los procedimientos y formalidades prescritos por su propia legislación nacional al efecto”.

resultan absolutamente insatisfactorios para analizar las miles de formulaciones y matices que presentan los tratados internacionales celebrados por Chile⁵³.

Reconociendo que la determinación de la calidad de *self-executing* es una pregunta *esencialmente* de derecho interno⁵⁴ –punto que debe acentuarse–, es de todas formas indispensable dar una mirada al derecho comparado previo a resolver el tema entre nosotros⁵⁵. Dos advertencias requieren ser formuladas antes de emprender esta tarea. Primero, que hay que rechazar cualquier delimitación impuesta *en bloque* desde arriba por los internacionalistas, sobre todo los extranjeros que naturalmente no conocen el derecho chileno⁵⁶. Segundo, la realización de un trabajo comparativo es relevante no solo desde una perspectiva teórica sino también política, puesto que el nivel de autoejecutabilidad aceptado comúnmente por los demás países debe ser un factor a ser considerado por nuestro ordenamiento. No parece razonable adoptar una posición absolutamente cargada a la autoejecutabilidad cuando todos los demás declaran los tratados como no autoejecutables.

La visión comparada la formulamos aquí sobre la base de la experiencia norteamericana. Aunque este estudio comparativo debe hacerse también con otras naciones, elegimos aquí Estados Unidos por la similitud que presenta con Chile en diversos aspectos según hemos notado anteriormente y porque además en dicho país nació la señalada clasificación, teniendo a la fecha el cuerpo doctrinal más acabado sobre la materia⁵⁷. Lo primero a notar es que se trata de una clasificación extraordinariamente abierta y que otorga un gran poder discrecional a los Tribunales para declarar que un tratado no ha sido incorporado al derecho interno⁵⁸. De conformidad al *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, §111, un acuerdo internacional no es *self-executing* si: a) el acuerdo manifiesta la intención de las partes en el sentido de que el mismo no se transforme efectivamente en derecho interno sin la correspondiente implementación legislativa; b) si el Senado al dar su consentimiento al tratado, o el Congreso por una resolución, requieren normativa interna de implementación; c) si la implementación legislativa es requerida por la Constitución.

Aunque el criterio central es la intención de las partes al celebrar el acuerdo respectivo –el llamado “factor subjetivo”–, los tribunales suelen recurrir a la “retórica” de la no autoejecutabilidad cuando estiman que el Tratado no crea derechos exigibles ante

⁵³ Como dice IWASAWA, *supra* nota 38, p. 651, “resort to the degree of precision as a distinguishing factor is of little use, however, because it is extremely difficult to determine how precise a treaty is on the international plane”.

⁵⁴ Vid. BLECKMAN, *supra* nota 38, p. 375. *Esencialmente* en el sentido de *principalmente* pero no *exclusivamente*.

⁵⁵ Sobre la aplicación de tratados en el derecho comparado, *vid.* JACOBS y ROBERTS, *supra* nota 39.

⁵⁶ Por ejemplo, hay que evitar importar *en bloque* el análisis que hace EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA en “La Convención Americana como Derecho Interno”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 7, pp. 25 y ss. (1988). Aunque intenta sentar normas de carácter general, el propio JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA reconoce que “la opción entre la escuela monista o la dualista, así como la elección del sistema que cada Estado adopta en caso de conflicto de normas, son ambas cuestiones regidas por el Derecho Constitucional de cada país y no por el Derecho internacional” (pp. 28-29).

⁵⁷ Vid. IWASAWA, *supra* nota 38, 630.

⁵⁸ Vid. STEINHARDT, *supra* nota 20, pp. 243-244.

los Tribunales, cuando no otorga legitimidad activa a quienes aparecen demandando⁵⁹, cuando no entrega criterios materiales que permitan resolver los conflictos que se generan de su aplicación incluyendo asuntos de naturaleza *política* y no jurídica, cuando no es completo ni preciso, cuando usa un lenguaje en tiempo futuro para definir las obligaciones de las partes, o cuando provee medios específicos y efectivos para asegurar su cumplimiento a nivel internacional –los llamados “factores objetivos”–⁶⁰. Un caso especial es el de aquellos tratados que contemplan materias que ya se encuentran reguladas por el derecho interno. Si el tratado es complementario al derecho interno, tiende a considerársele *self-executing*; si, por el contrario, es opuesto al derecho interno y representa un cambio radical, tiende a considerársele como *non-self-executing*⁶¹. En todo caso, ninguno de estos elementos constituye una corriente jurisprudencial invariable, ni siquiera en la hipótesis que exige derechos subjetivos plenos en el tratado para considerarlo *self-executing* (tesis cuya importación criticamos más adelante con detenimiento)⁶².

En definitiva, el resultado en Estados Unidos no es nada de claro. Como afirma críticamente Steinhardt, “los tribunales no quieren decir nada consistente cuando declaran que un tratado es no autoejecutable”⁶³. Esto no es una sorpresa, dado el papel que juega el elemento político en esta determinación, incluyendo la práctica de los demás países en la materia. Obviamente, si un tratado ha sido declarado por toda la comunidad internacional como *non-self-executing*, su declaración como *self-executing* va a tender a ser rechazada por el último en la fila. En este sentido, Estados Unidos se caracteriza por una política “prudente”, pues habitualmente aprueba los tratados en el expreso entendido que los mismos son no autoejecutable, declaración que más tarde es plenamente obedecida por los tribunales internos. Un claro exponente de esta situación es el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Chile y Estados Unidos, incluyendo su capítulo de protección de inversiones⁶⁴.

⁵⁹ Desde la perspectiva continental, en la cual todo verdadero derecho incluye también la respectiva acción (o pretensión), la distinción anglosajona entre *private rights, remedies and causes of action* resulta algo perturbadora. Parte de la dificultad en la distinción de los tratados *self-executing* y *non-self-executing* radica precisamente en algunas complejidades metodológicas anglosajonas que intentan determinar cuando hay efectivos *causes of action* o *remedies* en los tratados.

⁶⁰ La jurisprudencia de Estados Unidos sobre el punto es muy difícil de sistematizar. Un esfuerzo interesante en este sentido en VÁSQUEZ, Carlos Manuel, “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties”, en *American Journal of International Law* N° 89, p. 695 ss (1995)

⁶¹ Vid. IWASAWA, *supra* nota 38, p. 673. En el mismo sentido, BLECKMAN, *supra* nota 38, p. 376.

⁶² Vid. IWASAWA, *supra* nota 38, p. 647 (“A careful analysis of the U.S. law reveals, however, that courts have found that a treaty is self-executing without requiring that it create individual rights or duties”). El citado autor demuestra su afirmación con diversos ejemplos en las páginas 647 y ss.

⁶³ STEINHARDT, *supra* nota 20, p. 244. En términos similares, IWASAWA, *supra* nota 38, p. 631.

⁶⁴ El TLC celebrado entre Chile y Estados Unidos –que es internamente un *congressional-executive agreement* y no formalmente un tratado, pues se dictó en base al procedimiento *fast-track*– fue aprobado por la Ley del Congreso citada como *United States-Chile Free Trade Agreement Implementation Act*, de fecha 3 de septiembre de 2003, Public Law 108-77, la que estableció lo siguiente: “Sec. 102. Relationship of the Agreement to United States and State law. (a) *Relationship to United States law.* (1) United States law to prevail in conflict. No provision of the Agreement, nor the application of any such provision to any person or circumstance, which is inconsistent with any law of the United States shall have effect. (2) Construction. Nothing in this Act shall be construed– (A) to amend or modify any law of the United States, or (B) to limit any authority conferred under any law of the United States, unless specifically provided for in this

En el escenario mundial que nos presenta este nuevo siglo que comienza, los tribunales chilenos necesariamente se van a ver enfrentados a generar una jurisprudencia más detallada y precisa en torno a la clasificación *self-executing* y *non-self-executing*. Esta tarea por cierto que excede los límites de este trabajo, y de hecho aquí solo pretendemos sentar las bases de esta discusión para aplicarlas a un caso concreto: la calificación de los TBIs como *self-executing* en el derecho chileno.

C. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Pero antes de analizar si los TBIs son o no tratados *self-executing* es necesario despejar una última discusión sobre la aplicación del derecho internacional y el derecho interno. Nos referimos aquí al conflicto entre normas de uno y otro sistema en la resolución de un caso concreto, y más precisamente, a cuatro aspectos que la concurrencia de ambas normas plantea. Primero, la interpretación del derecho interno conforme al derecho internacional. Segundo, el conflicto específico entre normas del derecho consuetudinario internacional y del derecho interno. Tercero, el mismo conflicto entre tratados internacionales y el derecho interno. Y cuarto, el caso especial de tratados de derechos humanos, incluyendo el conflicto entre esta clase de tratados y la Constitución.

En relación a la interpretación del derecho interno conforme al derecho internacional, hay comentaristas nacionales que afirman esta tesis. Según Benadava, la base de esta doctrina se debe al hecho que “no es dable presumir que la intención del legislador haya sido infringir las obligaciones internacionales de su Estado”⁶⁵. En cuanto a jurisprudencia, hasta 1962, el mismo Benadava declaraba que no había declaraciones en este sentido⁶⁶ y en su trabajo de 1992 no menciona tampoco ningún pronunciamiento judicial⁶⁷. Hasta la fecha, hemos revisado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y trabajos académicos basados en jurisprudencia de los tribunales ordinarios sin haber encontrado ninguna referencia en este sentido.

En cuanto a los conflictos entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho interno, la posición clásica ya citada sostiene que el primero ocupa una función

Act. (b) *Relationship of Agreement to State law*. (1) Legal challenge. No State law, or the application thereof, may be declared invalid as to any person or circumstance on the ground that the provision or application is inconsistent with the Agreement, except in an action brought by the United States for the purpose of declaring such law or application invalid. (2) Definition of State law. For purposes of this subsection, the term ‘State law’ includes— (A) any law of a political subdivision of a State; and (B) any State law regulating or taxing the business of insurance. (c) *Effect of Agreement with respect to private remedies*. No person other than the United States— (1) shall have any cause of action or defense under the Agreement or by virtue of Congressional approval thereof; or (2) may challenge, in any action brought under any provision of law, any action or inaction by any department, agency, or other instrumentality of the United States, any State, or any political subdivision of a State on the ground that such action or inaction is inconsistent with the Agreement” (énfasis agregado). Adicionalmente, la implementación está condicionada a una serie de requisitos y delegada en definitiva al Poder Ejecutivo.

⁶⁵ BENADAVA, *supra* nota 41, p. 13. La misma idea la reitera en su *Manual*, *supra* nota 21, p. 73: “El juez nacional debe tratar de evitar un conflicto entre la norma internacional y la norma interna dando a la norma interna una interpretación que la concilie con la norma internacional, ya que no es de presumir que el Legislador haya querido infringir el derecho internacional”.

⁶⁶ *Vid.* BENADAVA, *supra* nota 41, p. 13.

⁶⁷ *Vid.* BENADAVA, *supra* nota 30, pp. 26-27.

supletoria respecto de la ley, y que por ende está a merced de la voluntad del legislador⁶⁸. En otras palabras, el derecho internacional consuetudinario se aplica solo si no existe conflicto con las normas legales domésticas⁶⁹. La jurisprudencia de nuestros tribunales parece también conforme con esta tesis aunque se ha mostrado vacilante⁷⁰. De hecho, en el famoso caso *de los barcos daneses –Lauritzen con Fisco*⁷¹– la Corte Suprema se aventuró a afirmar que “aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos como se verá oportunamente”⁷². Asimismo, en un caso sobre extradición activa fallado en 1959 resolvió que “es forzoso recurrir a los principios de derecho internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la tradición de que se trata, principios que, por otra parte, priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado”⁷³. A pesar que hoy pocos parecen discutir la prevalencia del derecho interno, es importante advertir que las propias normas internas pueden determinar la aplicación preeminente del derecho internacional general sobre el derecho interno⁷⁴.

El problema de los conflictos entre ley y tratado también es motivo de controversia, tanto entre nuestros comentaristas como en nuestra jurisprudencia⁷⁵. A veces se oye argumentar que los tratados son superiores a la ley, por no ser posible derogar una norma bilateral por acuerdo unilateral de una de las partes, como asimismo por impedirlo el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”)⁷⁶. Pero quienes defienden esta tesis en base a los argumentos

⁶⁸ Vid. BENADAVA, *supra* nota 41, pp. 2-20. Específicamente, en la página 14 afirma que “en el foro interno el tribunal debe aplicar la ley interna (su ley) aún si es contrario al derecho internacional”.

⁶⁹ Vid. GAETE, *supra* nota 30, p. 269. Por otra parte, esta es también la postura de Estados Unidos según indicamos anteriormente.

⁷⁰ *Gaceta de los Tribunales*, 1949, segundo semestre, pp. 443-445; *Contra Eulogio Avilez Jara, Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LVI, 2ª Parte, Sección 4ª, p. 64 (1959).

⁷¹ *Lauritzen con Fisco, Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LII, 2ª Parte, Sección 1ª, p. 478 (1955).

⁷² *Ibid.*, p. 485. Otra sentencia en el mismo sentido, *Contra Eulogio Avilez Jara, supra* nota 70. Asimismo, BALLESTEROS, Manuel, en su clásico tratado sobre *La ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, tomo I (Santiago, 1890), p. 571, afirma que: “I con solo ser un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo de aplicación preferente en las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él”.

⁷³ *Contra Eulogio Avilez Jara, supra* nota 70, considerando 7°.

⁷⁴ A pesar que en esos casos puede parecer que prevalece el derecho internacional, la verdad es que es una regla de derecho interno la que determina la aplicación del derecho internacional.

⁷⁵ Vid. BENADAVA, *supra* nota 30, pp. 52-58.

⁷⁶ Se basan en el argumento de la validez externa para demostrar efectos internos los siguientes autores: NOGUEIRA ALCALÁ, *supra* nota 50, p. 348; BRUNA CONTRERAS, Guillermo, “Los tratados Internacionales en la Constitución de 1980. Jurisprudencia de la década de 1981-1989”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, 342-343 (2003); TAPIA VALDÉS, Jorge, “Efectos de los Tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, p. 362 (2003); ANDRADE GEYWITZ, Carlos, “La Reforma Constitucional del año 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución. Sentido y Alcance de la Reforma”, *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, pp. 389-390 (2003); PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, p. 473 (2003); FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Visión Prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales”, *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, pp. 495-496 (2003).

indicados confunden el efecto externo e interno de los tratados, lo que constituye un error en un sistema de dualismo moderado como el chileno: la ineficacia y/o invalidez en el plano interno no guarda ninguna relación necesaria e indispensable con la eficacia e inderogabilidad en el plano internacional. Este dualismo moderado difícilmente puede ser disputado si se acepta la necesidad de promulgación y publicación y la naturaleza *self-executing* de los tratados para que tengan vigencia interna. Tampoco puede ser disputado si se reconoce la supremacía constitucional sobre los tratados, dado que en los casos de inconstitucionalidad interna del tratado, nuestro país seguirá obligado en el plano internacional (salvo inconstitucionalidad manifiesta)⁷⁷.

Consideramos que la tesis tradicional que postula la asimilación normativa entre los tratados y la ley es la posición correcta en nuestro sistema constitucional⁷⁸. Y dado que en nuestro sistema no existen competencias materiales reservadas a los tratados –a diferencia de la ley, y aún más, de los distintos tipos de leyes– esto implica esencialmente que debe afirmarse entre nosotros la regla *lex posteriori derogat priori*⁷⁹. En efecto, varias razones deben llevar a rechazar la tesis de la superioridad de los tratados en el plano interno. Primero, no hay ninguna disposición constitucional que permitan ubicar a los tratados por sobre la normas dictadas por el Congreso en uso de su poder normativo. La discusión sobre el artículo 5° inciso 2° relativa a tratados sobre derechos humanos la abordamos más abajo, pero adelantemos aquí que una interpretación apropiada de esta norma no requiere postular la superioridad normativa de estos tratados. Quien

⁷⁷ Al derecho internacional le basta una constitucionalidad aparente, esto es, no es afectado por el pronunciamiento de los tribunales constitucionales internos en “casos difíciles” de constitucionalidad (nos referimos a control *ex-post*, como el que realiza la Corte Suprema en inaplicabilidad). Así lo dispone el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

⁷⁸ Por todos, *vid.* MOHOR ABUAUAD, Salvador y FIAMMA OLIVARES, Gustavo, “La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales”, en *Revista de Derecho Público* N° 55/56 (1994), pp. 115 y ss. Los autores afirman que “los tratados internacionales en nuestro sistema jurídico tienen el valor normativo propio de una ley, esto es, poseen la misma jerarquía de esta. En consecuencia, no resulta procedente desde el punto de vista constitucional sostener que estos tendrían superioridad jerárquica en relación a aquella” (p. 115).

⁷⁹ *Vid.* ORREGO y ORREGO, *supra* nota 27, pp. 46-47 (“It does not follow, however, that a judicial tradition has been firmly established in this context, since there are also cases where the courts have upheld domestic law above international law. This is particularly the case when a conflict arises between a treaty and a subsequent, contradictory act, since the court may be inclined to apply the rule enacted later in time. This is yet another consequence of having assigned the treaty, by means of the process of identification described above the same hierarchical status as a domestic statute”). *Vid.* también, DUNCAN BIGGS, Federico, *Derecho Internacional Privado* (Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2ª ed., 1956), pp. 44, y BENADAVA, *supra* nota 22, p. 74, y BENADAVA, *supra* nota 41, pp. 25-27. En cuanto a jurisprudencia, *Vid.* *Duncan Fox y Cía. con Dirección General de Impuestos Internos*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XXX, 2ª parte, sección 1ª, p. 100 (1932). Hay un fallo de la Corte Suprema, no publicado, anterior a la Constitución de 1980, que niega a la ley posterior la facultad de derogar un tratado, citado por BENADAVA, *supra* nota 41, p. 27. También en contra de la posibilidad que una ley posterior derogue o modifique un tratado, *Vid.* NOGUEIRA ALCALÁ, *supra* nota 50, p. 348.

afirme que un tratado tiene el poder de congelar el ordenamiento jurídico interno –por impedir al Congreso modificar dichas normas– tiene el peso de la prueba, y por más que busque a lo largo de la Constitución, ninguna disposición le permite sustentar una tesis de semejante calibre.

Segundo, no parece necesario ni conveniente crear una norma de jerarquía intermedia entre la ley y la Constitución. Metodológicamente nos parece inapropiado crear categorías intermedias que no solo no se ajusten al texto constitucional, sino que tampoco cumplen ninguna función necesaria⁸⁰. La tesis de la primacía de la última norma adoptada en el tiempo funciona perfectamente bien y no vemos razón alguna para alejarse de ella: por una parte los tratados nuevos derogan el derecho interno, y por otra, los tratados vigentes solo pueden ser derogados *internamente* mediante una ley categórica en tal sentido (si la ley no es categórica opera entonces la regla de interpretación conforme al derecho internacional, regla que debe ser tomada *en serio*). De este modo, el Congreso –órgano democrático por excelencia– retiene el control final sobre el contenido normativo del ordenamiento jurídico chileno, lo cual corresponde a la arquitectura constitucional establecida en la Carta de 1980⁸¹. Reiteramos que esto solo incluye el ordenamiento interno, pues el Estado seguirá obligado internacionalmente conforme a las normas del Tratado.

Tercero, un incidente en la historia fidedigna de la Constitución demuestra la equiparación entre tratados y ley. Don Alejandro Silva Bascuñán propuso redactar una norma que definiera la mayor jerarquía de los tratados internacionales⁸². Pero no fue seguido por la Comisión, lo que parece demostrar que el Constituyente se inclinó en definitiva por uniformar el valor normativo de tratados y leyes⁸³.

Ahora bien, la palabra *derogación* en el adagio *lex posteriori derogat priori* no debe entenderse necesariamente en su sentido técnico-jurídico, sino más bien en cuanto a

⁸⁰ *No multiplicar los seres sin necesidad* como exige el principio de la “navaja de Ockam”.

⁸¹ A pesar de sostener la equivalencia entre ley y tratado, MOHOR y FIAMMA, *supra* nota 78, pp. 117-118, se oponen a la citada facultad derogatoria del Congreso. En nuestra opinión, su proposición basada en la idea de “distribución de competencias” solo sería convincente si la Constitución estableciera competencias materiales para los Tratados, pero en ausencia de tales disposiciones el argumento carece de fuerza. En efecto, nos manifestamos en completo desacuerdo con la siguiente afirmación: “la ley que invade el ámbito competencial asumido por el tratado, sería contraria a la Constitución, en razón de transgredir su artículo 50 número 1, en relación con el artículo 32 número 17, que permiten que las materias de ley puedan también ser reguladas a través del régimen jurídico de los tratados internacionales, el que, por tanto, desde entonces hace improcedente el empleo del sistema de regulación por vía de ley” (p. 118).

⁸² *Vid.* SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral*, Tomo IV (Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 124 (“Basándonos en esta convicción formulamos la siguiente proposición de norma, que en definitiva no fue incorporada al anteproyecto: ‘Los tratados regularmente aprobados, ratificados y promulgados, prevalecen en el derecho interno en cuanto sean aplicables y su contenido no se oponga a los preceptos de esta Constitución’”).

⁸³ *Vid.* *Actas de la Sesión N° 368* de fecha 9 de mayo de 1978, pp. 2516 y ss. *Vid. también Actas de la Sesión N° 367* de fecha 9 de mayo de 1978, pp. 2492 y ss. De acuerdo a INFANTE CAFFI, *supra* nota 31, p. 287: “La tesis de la igualdad entre tratados y leyes fue sustentada en general en dicha Comisión [Ortúzar], tomando como base la práctica tradicional del derecho chileno durante la vigencia de la Constitución de 1925”.

regla de aplicación de normas legales: ley posterior prefiere a norma anterior, en el mismo sentido que en la expresión norma general posterior no deroga especial anterior. Con esta fórmula el efecto se mantiene acotado al caso en particular sin extender sus efectos en forma generalizada al ordenamiento jurídico, lo cual es sin perjuicio de que el Congreso sí pueda formular una ley que derogue efectivamente un tratado en el sentido de impedir en forma absoluta su aplicación en el ordenamiento interno. Esto último con la notable excepción de que el tratado sea de derechos humanos por prohibirlo el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

Respeto de los tratados relativos a derechos humanos, hay que partir de la base que si ellos son objeto de un tratamiento especial en el plano interno es porque así lo dispone la propia Constitución. Es de hecho el artículo 5° inciso 2° de la Constitución el que establece esta calidad normativa especial que en nuestra opinión no requiere de la afirmación de una jerarquía superior. Muy en síntesis, podemos afirmar que al obligar a los órganos del Estado a *respetar los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*, el Constituyente establece una manifiesta limitación al poder normativo del Congreso. El Congreso no puede entonces derogar o disponer la inaplicación interna de un tratado internacional de derechos humanos⁸⁴. Con ello, más allá de disquisiciones dogmáticas sobre la jerarquía *per se*, en la práctica, los tratados internacionales quedan en una posición superior a las leyes ordinarias, pues, por una parte derogan el derecho interno anterior, y por otra, no son derogables por el Congreso Nacional. Compartimos así la tesis “infra-supra” de Bertelsen⁸⁵, aunque no en un sentido dogmático sino simplemente en un sentido práctico. Decimos práctico porque lo que define este “supra” es el hecho que una ley posterior contraria a un tratado internacional sobre derechos humanos es inconstitucional por vulnerar el artículo 5° de la Carta Fundamental, y no, por el contrario, una supuesta “naturaleza jurídica” del tratado en sí. En definitiva, los tratados de derechos humanos tienen, en nuestro concepto, la misma jerarquía interna que la ley, pero gozan de la protección constitucional de inderogabilidad interna.

⁸⁴ En el mismo sentido, MOHOR y FIAMMA, *supra* nota 78, pp. 118-119. Aunque afirma la superioridad de los tratados, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *supra* nota 76, p. 496 también acepta esta línea argumental.

⁸⁵ *Vid.* BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, Tomo I, p. 214: “¿Qué rango jurídico tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos? ¿Idéntico a las normas constitucionales, como ha sostenido parte de la doctrina? ¿Inferiores a la Constitución y equivalentes a la ley, como afirma un buen elenco de autores? Ni la una ni la otra solución, sino una diversa que podríamos caracterizar como ‘infra’ y ‘supra’. ‘Infra’, esto es, por debajo de la Constitución, pero ‘supra’, por encima de la legislación y el resto de las normas jurídicas de derecho interno” (p. 214). Más adelante, vuelve sobre este punto: “Existe la necesidad de conformarse a lo dispuesto en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, y ese deber recae sobre todo órgano del Estado, no únicamente sobre los órganos legislativos, de modo que todo órgano administrativo y todo tribunal, cuando haya de adoptar una decisión ha de acoger la contenida en el tratado internacional si ella estuviere en contradicción con una norma de derecho interno inferior a la Constitución. Lo que tiene que hacer, en tal caso, es una operación similar a la que tantas veces tienen que efectuar los órganos encargados de aplicar el derecho cuando han de determinar la norma jurídica que regula la situación o problema que los ocupa y que urge su decisión, y que, en la especie, consistiría en dar aplicación preferente a las normas de los tratado internacionales” (p. 221).

Finalmente, en cuanto a la contradicción Constitución y tratados internacionales, consideramos que no puede sino afirmarse, en el plano interno, la prevalencia de la Constitución. Es esta última la que determina el ordenamiento jurídico nacional y la validez, eficacia y aplicabilidad de las normas en el plano interno, de modo que no puede pasarse por alto el sistema de competencias y jerarquías que ella establece, lo cual es obviamente sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por la violación de normas válidas en el ámbito internacional. El debate es largo y complejo, y no nos corresponde aquí terciar en él. Solo nos remitimos a señalar que se trata de la posición dominante en la jurisprudencia⁸⁶.

D. ¿SON LOS TBIs TRATADOS *SELF-EXECUTING*?

Toda la presentación previa está estructurada para dar respuesta a la pregunta sobre la autoaplicabilidad de los TBIs. A nuestro juicio, en general, los preceptos contenidos en los tratados bilaterales de protección de inversiones celebrados por Chile constituyen derecho interno chileno por haber sido promulgados y publicados y por ser normas de naturaleza *self-executing*. Reconocemos abiertamente que esta opinión es de naturaleza preliminar, esto es, se trata de una primera opinión, pues nos parece que la cuestión es compleja y debatible. Además, la práctica común que adopten los demás Estados debe también influir en la calificación que hagan nuestros tribunales. Dada la naturaleza bilateral de estos tratados, debe evitarse una situación en la que solo Chile aplique directamente los TBIs y sus contrapartes no otorguen el mismo beneficio a los inversionistas chilenos.

Desde la perspectiva de derecho interno chileno –que es la que *esencialmente* hay que adoptar para resolver autoaplicabilidad– cabe partir señalando que los TBIs no son tratados de derechos humanos, de modo que la argumentación *transcendentalista* que cabe respecto a estos últimos no procede respecto a los primeros⁸⁷.

En términos de categorías generales de tratados, y dando una mirada a la experiencia de Estados Unidos por las razones ya apuntadas, es interesante notar que en dicho país no hay una opinión doctrinaria ni jurisprudencial clara en torno a los TBIs. Respecto a los TLC –según vimos más arriba– es indiscutible que sus provisiones no son autoejecutables o a lo menos no invocables por haberlo dispuesto expresamente el Congreso (hay norma expresa que revela la voluntad de Estados Unidos en el sentido de no hacer autoejecutable el acuerdo celebrado)⁸⁸. En contraste, en el pasado de este país, sí

⁸⁶ Ver sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002, Rol N° 346, considerandos 59° a 75°, en que resolvió el requerimiento presentado en contra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y que se pronunció extensamente sobre esta controversia.

⁸⁷ Por ejemplo, los argumentos expuestos por IRIGOIN BARRENNE, Jeannette, “La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho interno chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, Tomo I, p. 299, no resultan aplicables en el ámbito de los TBIs: “La naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, como la Convención Americana, cuyo objeto y fin es la protección de los derechos esenciales de la persona humana a través de la creación de un sistema de orden público internacional al que deben someterse los Estados en beneficio de las personas bajo su jurisdicción, hace indispensable que la mayor parte de sus disposiciones tenga el carácter de autoejecutables”.

⁸⁸ *Vid. supra* nota 64.

existió una consistente jurisprudencia –liderada por el caso de la Corte Suprema *Asakura v. City of Seattle*⁸⁹– en el sentido de considerar que los tratados de Amistad, Comercio y Navegación son *self-executing*⁹⁰. Como es sabido estos últimos constituyen un antepasado directo de los tratados de protección de inversiones⁹¹. Aunque de alcance menos específico desde la perspectiva de los inversionistas, sí proveen –como lo muestra el célebre caso *ELSI*⁹²– protección contra discriminación y derecho de propiedad.

Entre nosotros, y siempre a nivel de categorías de tratados, puede observarse el área vecina de las inversiones: el comercio (*trade*). Sorprendentemente a este respecto, los tribunales chilenos han sido del parecer, al menos implícitamente, que el GATT/OMC y sus textos anexos constituyen tratados autoejecutables⁹³. La sorpresa que manifestamos se debe a que en Estados Unidos y particularmente en la Unión Europea las provisiones del GATT/OMC han tendido a ser consideradas, en general, como no

⁸⁹ *Asakura v. City of Seattle*, 265 U.S. 332 (1924).

⁹⁰ *Vid.* STEINHARDT, *supra* nota 20, pp. 254: “The non-discrimination provisions in Friendship, Commerce, and Navigation treaties. . . are routinely held to be self-executing”.

⁹¹ Comentando la realidad norteamericana, MICHAEL C. MCCLINTOCK, “Sunrise Mexico; Sunset NAFTA-Centric FTAA - What Next and Why”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* N° 7 (2000), pp. 63-64, afirma que “Treaties of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) were the first bilateral trade treaties meant to enhance U.S. commercial interests with foreign nations. These treaties were typically entered into at the time diplomatic relations were established and ‘served both as a symbol of peaceful relations and a protector of vital commercial interests.’ FCNs were relatively simple and the terms guaranteed open ports to commerce and nondiscriminatory national treatment to protect U.S. citizens owning property and doing business within the jurisdiction of the friendly nation. As the successor to FCNs, the Bilateral Investment Treaty (TBI) program was begun in 1977, by the State Department which completed a Model U.S. BIT in 1980”.

⁹² *Vid.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, caso *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos v. Italia), sentencia de fecha 20 de julio de 1989, disponible en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm> (última visita, 21 de octubre de 2004).

⁹³ Ver fallo de la Corte Suprema sobre recurso de queja de fecha 28 de diciembre de 1983 en el que declara “que es un hecho no discutido en dicho proceso que el recargo de un 100% de los tributos con que se gravó la patente anual del automóvil reclamante, resultó indebidamente aplicado, toda vez que dicho gravamen respecto de determinados vehículos motorizados no podía ser exigible, por cuanto contravenía lo dispuesto en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio GATT, vigente desde marzo de 1949, tratado internacional que, una vez suscrito por Chile, no puede sufrir derogaciones, modificaciones o suspensiones por medio de disposiciones contenidas en preceptos legales de orden interno” (Citado por NOGUEIRA ALCALÁ, *supra* nota 50, pp. 372-373). Ver asimismo fallo de Corte de Apelaciones de Santiago, *Compañía Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXV, 2ª parte, Sección 2ª, p. 12 (1988), en el que señala que “por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, acto unilateral de una sola de las partes que, en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado acuerdo GATT”. Otro caso es el fallo de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema, en que determinó que: “4. Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe (...) 5°. Que la convención internacional en cuestión [GATT] se aplica preferentemente frente a la ley interna, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional” (citado por NOGUEIRA ALCALÁ, *supra* nota 50, pp. 378-379). Ver también la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en recurso de protección *Compañía Chilena de Fósforos con Comisión Nacional de Distorsión de Precios*, Rol 3.396-1994, citada en la *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°s 2 y 3, Tomo II, pp. 617-618.

autoejecutables⁹⁴. En lo que se refiere a los TLC, la jurisprudencia de la Corte Suprema no es clara, lo que en parte se debe a que la discusión se ha promovido en sede de recursos de protección y no en juicios ordinarios⁹⁵.

Teniendo los casos anteriores como telón de fondo, es necesario revisar las disposiciones de los TBIs a la luz de las categorías descritas por el Tribunal Constitucional en las sentencias de fecha 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y de fecha 5 de septiembre de 2003 (Rol 383). Las preguntas que cabe formular son entonces las siguientes: ¿Tienen las normas de los TBIs el contenido y precisión necesario para ser aplicadas directamente? ¿Se bastan a sí mismas o requieren –para ser implementadas– de la adopción de normas especiales por el derecho interno? ¿Están redactadas en términos perentorios o son disposiciones meramente programáticas?

Lo primero que cabe afirmar es que no obstante la gran similitud que a rasgos generales existe entre los distintos TBIs, un estudio más detallado demuestra que estos distan de ser iguales. De modo que, cualquier afirmación general pasa siempre por revisar los términos precisos en que está redactado el TBIs que se pretende aplicar. Enseguida, como ya hemos señalado, la calificación debe hacerse –también *en principio*– precepto por precepto y no sobre el tratado en bloque. De este modo, es indispensable revisar las disposiciones más relevantes de esta clase de tratados.

En tal sentido, nos parece que los principios de trato nacional no discriminación, nación más favorecida y protección frente a expropiaciones directas e indirectas definen normas completas y plenas, que no requieren ningún detalle o especificación adicional, ni tampoco de implementación interna por parte del Estado anfitrión. Veamos

⁹⁴ Para el caso de Estados Unidos, *vid.* JACKSON, John H., *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1989, pp. 75-76. Una opinión más matizada, en el sentido que el GATT puede ser –y ha sido– considerado autoejecutable en Estados Unidos en BRAND, Ronald A., “The Status of the General Agreement on Tariffs and Trade in United States Domestic Law”, in *Stanford Journal of International Law* N° 26, pp. 479 y ss. (1990). Para el caso de Europa, *vid.* JACKSON, John H. (*et al.*), *Legal Problems of International Economic Relations*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2002, pp. 162-165, y los siguientes casos de la Corte Europea de Justicia: a) *International Fruit Co. v. Prouktschap*, casos 21-24/72 (1972) ECR 1219, 1227-1228; b) *Portuguese Republic v. Council*. Case C149/1996 (1998) ECR I-7379. Una mirada conjunta a la jurisprudencia de Estados Unidos y de la Unión Europea en relación al efecto directo del GATT en BRAND, Ronald A., “Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union”, en *Northwestern School of Law Journal of International Law & Business* N° 17, p. 556 y ss (1997).

⁹⁵ En virtud de la sentencia de fecha 28 de abril de 2003, causa Rol 375-2003, la Corte Suprema consideró derogado el impuesto al lujo previsto en el artículo 46 del Decreto Ley N° 825 por el TLC celebrado entre Chile y Canadá. Esta jurisprudencia fue posteriormente abandonada por otra que afirma que el recurso de protección no es la sede competente para formular reclamaciones en contra de resoluciones jurisdiccionales dictadas por el Director Nacional de Aduanas (sentencia de 20 de enero de 2004, dictada en causa Rol 4321-2003; y tres sentencias de fecha 5 de agosto de 2004, dictadas en causas Rol 865-2004, Rol 1281-2004, y 1677-2004). Aunque en un contexto algo distinto, el considerando 18° de la sentencia de fecha 20 de enero de 2004 Rol 4321-2004 recién citada discurre sobre el carácter programático de algunos de los preceptos del tratado y por ende de la falta de poder derogatorio de los mismos (se afirma con ello competencia del Director Nacional de Aduanas) (todas las sentencias indicadas están disponibles en la página web del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.cl/0.8/info-causas/esta400.php>, última visita, 22 de octubre de 2004).

mos a continuación su redacción en los TBIs Chile-Argentina y Chile-Venezuela respectivamente⁹⁶:

Artículo 3.1. Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados. Artículo 3.2. Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados.

Artículo 6.1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medida alguna para expropiar o nacionalizar las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, ni tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente al de nacionalización o expropiación, salvo que dichas medidas no sean discriminatorias, que se ajusten a la ley y que den lugar al pago de una compensación efectiva y adecuada. El importe de la compensación, incluyendo sus intereses, si fuera el caso, se efectuará en moneda de libre convertibilidad y se pagará sin demora al beneficiario. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la compensación deberán ser comprobables en procedimiento judicial ordinario.

De acuerdo a su redacción, se trata de preceptos perentorios y no meramente programáticos, de modo que parece claro que los mismos gozan de aplicación directa. Asimismo, la llamada cláusula paraguas (*umbrella clause*), que eleva todos los incumplimientos contractuales u obligacionales del Estado a incumplimiento del tratado, también resulta ser autoejecutable.

Dos casos más complicados son las cláusulas de trato mínimo conforme al derecho internacional y la cláusula de trato justo y equitativo. La cláusula de trato mínimo conforme al derecho internacional –que aparece en los TLC celebrados con Estados Unidos y Corea pero no en los TBIs– contiene una remisión al derecho internacional consuetudinario, el cual es en un grado considerable vago e impreciso. Así por ejemplo, en el caso Chile-Estados Unidos, el artículo 10.4.1. establece que:

Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

¿Es esta vaguedad suficiente para tornar el precepto no autoejecutable? En nuestra opinión no lo es. El derecho internacional consuetudinario existe y los tribunales, tanto

⁹⁶ Como ya indicamos en la nota 2, los textos completos de los tratados bilaterales de inversión están disponibles en <http://www.direcon.cl/otros-acuerdos-appi.php> (última visita, 26 de octubre de 2004).

nacionales como internacionales, lo aplican frecuentemente sin que la vaguedad de sus principios afecte su juridicidad en cuanto material normativo aplicable en sede judicial. Más aún, dado que nuestro país acoge la doctrina de la incorporación total y automática del derecho internacional consuetudinario, es difícil no concluir que la referencia del TBI en este punto es en realidad a una norma que está incorporada al derecho interno y que es por ello parte del ordenamiento jurídico nacional.

El contenido de la cláusula de trato justo y equitativo de los TBIs, en los casos que no hay conexión expresa con el derecho internacional consuetudinario, es claramente más vago y complejo. Así por ejemplo en el artículo 3.1. del TBIs Chile-Finlandia se acuerda que:

Cada Parte Contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante.

Una de las cosas más discutidas entre los comentaristas internacionales en cuanto a esta cláusula es si incorpora estándares más altos que los establecidos por el derecho internacional consuetudinario. En el sistema del NAFTA el Comité de Libre Comercio creado por el Tratado afirmó en su interpretación de fecha 31 de julio de 2001 que, dada la redacción del precepto respectivo del Capítulo 11 de ese Tratado, la justicia y equidad no debía ir más allá del derecho internacional consuetudinario⁹⁷.

En todo caso, dado el tenor de la cláusula respectiva del NAFTA –donde sí hay referencia al derecho internacional– es muy probable que, por interpretación *a contrario sensu*, en los TBIs que no establezcan dicha relación –la mayoría–, la justicia y equidad puedan ser considerados como estándares más altos que los tradicionales del derecho internacional (afirmación discutible por cierto)⁹⁸. El impacto de esta discusión no es menor en relación a su naturaleza autoejecutable. Si solo se trata de derecho internacional consuetudinario, habría que concluir, como lo hicimos en el párrafo anterior, que la cláusula es autoejecutable. Por el contrario, si va más allá, podría llegar a sostenerse que no lo es al menos en aquella parte en que se pretende ir más allá. Insistimos que no es un punto claro.

⁹⁷ La experiencia de Estados Unidos en el contexto de los litigios del Capítulo 11 del NAFTA explica que se estableciera la siguiente aclaración TLC comercio con Chile: “10.4.2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquel exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales”.

⁹⁸ Ver por ejemplo el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*, Decisión Final, Caso ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, §110 y ss. Una discusión detallada sobre este asunto aparece en los siguientes casos NAFTA: a) *Pope & Talbot Inc. v. Gobierno de Canadá*, Decisión Final de la Fase 2 (*Award on the Merits of Phase 2*), 10 de abril de 2001, §105-118; b) *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v. Estados Unidos*, Decisión Final, Caso ARB(AF)/98/3, 26 de junio de 2003, §124-137. Todos los casos citados están disponibles en el siguiente sitio web <http://ita.law.uvic.ca/chronological-list.htm> (última visita, 21 de octubre de 2004).

En todo caso, hay disposiciones contenidas en los TBIs que claramente no son autoejecutables. Así, por ejemplo, en nuestra opinión no lo es el siguiente precepto por ser de naturaleza programática:

TBI Chile-Noruega. Artículo 3.1. Cada Parte Contratante, con sujeción a su política general en el campo de las inversiones extranjeras, promoverá las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante y aceptará dichas inversiones en conformidad con su legislación.

Finalmente, y a modo de correctivo de las conclusiones arribadas en uso de los pocos parámetros proporcionados por nuestra jurisprudencia, conviene ensayar con las categorías norteamericanas subjetivas y objetivas para ver si las conclusiones cambian. Desde el punto de vista subjetivo, hay que preguntarse por la intención de las partes al momento de celebrar el tratado. En este sentido, creemos que si el propósito de los países al celebrar los TBIs ha sido proteger y promover las inversiones extranjeras, hay que presumir que era también su interés dar aplicación directa a los tratados en el derecho interno. Por su parte, no hay constancia alguna que los negociadores chilenos hayan hecho reserva en relación con la aplicación directa de estos tratados, o que el Congreso o el Presidente hayan hecho manifestaciones en tal sentido (aunque tampoco es claro el efecto que tendrían en el derecho chileno tales declaraciones).

En cuanto a los criterios materiales, no creemos equivocarnos al afirmar que los TBIs contienen criterios materiales de naturaleza jurídica y no política, de modo que resultan plenamente apropiados de aplicación por el Poder Judicial. A pesar que nuestro derecho administrativo interno no contempla expresamente la categoría de los actos de gobierno como actos no justiciables, al menos es de reconocer que existen situaciones de alto contenido político y por ende de alta discrecionalidad en la que los Tribunales tienen poco o nada que controlar⁹⁹. Pero este no es el caso en los TBIs.

En cuanto al empleo del lenguaje futuro del tipo “someterá”, “tomará”, “deberá”, etc. –uso de la voz *shall* en las versiones en inglés–, no parece que tal modalidad pueda ser considerada como un indicio de que las partes hayan querido entregar la ejecución de las normas pactadas a la implementación posterior de sus órganos internos. En el contexto de estos tratados, el empleo del tiempo futuro no permite concluir la no autoejecutabilidad.

En el mismo sentido, las normas establecidas en los TBIs no constituyen ninguna revolución normativa para un país como Chile, en el cual la Constitución y la ley respetan apropiadamente los derechos de las personas. Como indicamos, un tratado que dispone de un sistema complementario y acorde al ordenamiento interno tiende a ser

⁹⁹ En nuestra opinión, los actos de gobierno como actos no justiciables por falta de competencia o jurisdicción de los Tribunales no existen en el derecho chileno. Lo que sí hay que reconocer son actos de naturaleza esencialmente política en la cual la discrecionalidad de los órganos ejecutivos es enorme, de modo que los Tribunales tienen pocos criterios jurídicos materiales con los cuales controlar el ejercicio de dicha discrecionalidad, debiendo en consecuencia respetar las decisiones del Ejecutivo. Pero ello es una decisión de fondo o mérito y no de incompetencia o falta de jurisdicción.

considerado como *self-executing*, y este parece ser en líneas generales el caso en cuestión —sin perjuicio de lo que argumentamos en la parte tercera de este trabajo—. Cabe señalar que un argumento en contra sería el establecimiento de mecanismos especiales de litigaciones en sede internacional, pero todos los tratados permiten a los inversionistas recurrir a los tribunales locales, de modo que no resulta razonable pensar que los tratados hayan establecido tal derecho a los remedios locales con total desconsideración del contenido que ellos mismos definen.

¿Otorgan los TBIs derechos-acciones a los inversionistas extranjeros? Como bien explica Jackson, la invocabilidad de un tratado, esto es, la existencia de derechos-titularidad-legitimación activa, no debe confundirse con la autoejecutabilidad¹⁰⁰. Una cosa es que un tratado se incorpore al ordenamiento jurídico interno —esto es, que sea *self-executing*—, y otra es que ese tratado otorgue derechos subjetivos o intereses legítimos a un privado¹⁰¹. Por supuesto que un tratado que otorga derechos subjetivos plenos o intereses legítimos es un tratado autoejecutable, pero no todos estos últimos otorgan derechos o intereses legítimos. Por eso la jurisprudencia nacional está en lo correcto al no incorporar este requisito y alguna doctrina se equivoca al mencionarlo¹⁰².

En todo caso, consideramos que de cualquier forma los TBIs otorgan derechos subjetivos plenos a los inversionistas extranjeros. En efecto, esos derechos son directamente invocables ante los tribunales del CIADI, y resulta por ello difícil pensar en un derecho que pueda ser invocado en un foro pero no en otro¹⁰³. A falta de texto expreso en contrario, si los inversionistas extranjeros tienen indiscutidamente derechos e intereses accionables ante un tribunal internacional, entonces esos mismos derechos e intereses deben considerarse válidos y ejercitables ante los tribunales domésticos.

En definitiva, nuestra opinión inicial y provisional, que sometemos a la evaluación colectiva a través de este artículo, es que los TBIs son —en general y salvo que de su redacción pareciera lo contrario— tratados autoejecutables. A continuación analizaremos el impacto que esta afirmación tiene para los inversionistas extranjeros desde la perspectiva del ordenamiento interno chileno.

¹⁰⁰ Vid. JACKSON, John H., “United States”, en Jacobs G., FRANCIS G. y ROBERTS, Shelley, *The Effects of Treaties in Domestic Law*, Sweet & Maxwell, London, 1987, pp. 156 ss.

¹⁰¹ *Ibidem.*, p. 151: “Despite what courts and scholars sometimes say, however, a treaty can be directly applied (“self-executing”) without necessarily creating individual rights”.

¹⁰² Vid. por ejemplo NOGUEIRA ALCALÁ, *supra* nota 50, p. 360, quien al definir las normas autoejecutables afirma que: “El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, lo que equivale en derecho constitucional a los preceptos o normas operativas de la Constitución, es decir, las normas que debe considerar en forma directa y en primer lugar el juez o la administración para resolver cualquier asunto sometido a su consideración. / La norma autoejecutable se caracteriza por establecer un derecho en favor de la persona que tiene un interés legítimo en la aplicación del precepto, cuya protección es exigible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas” (énfasis agregado). En el mismo sentido IRIGOIN, *supra* nota 87, p. 299, al invocar la opinión de Jiménez de Aréchega.

¹⁰³ De acuerdo al tribunal que resolvió *Siemens A.G. v. Argentina*, caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, §107, p. 44, “the BIT do not restrict the rights of investors or the State to pursue a dispute before the local courts. They provide an additional venue normally not open to investors” (fallo disponible en <http://ita.law.uvic.ca/chronological-list.htm>, última visita, 21 de octubre de 2004).

II. DISPUTAS ENTRE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y EL ESTADO EN EL DERECHO INTERNO CHILENO: TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS DE INVERSIÓN EN CHILE Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

Una vez aceptado que los TBIs son tratados autoejecutables y que otorgan derechos subjetivos en favor de los inversionistas extranjeros invocables ante los tribunales chilenos, es necesario estudiar los aspectos procesales y materiales de la responsabilidad que compromete al Estado en caso de violación de las normas de los tratados en cuestión.

Aunque se analizan en este acápite tanto elementos formales como sustantivos, el enfoque está centrado aquí en los aspectos procesales, lo que se debe a dos razones. Primero, estos no han sido estudiados en nuestra doctrina y contienen elementos sorprendentes, como lo es por cierto la competencia del Presidente de la Corte Suprema para conocer de estos conflictos. Segundo, los asuntos procesales presentan –siempre desde una perspectiva de derecho interno– algunas aristas de no poca complejidad que también requieren un análisis detenido.

En cuanto al fondo, un estudio sustantivo de la responsabilidad del Estado en el contexto del los TBIs y del derecho internacional escapa completamente a los propósitos y límites de este breve estudio. Pero ello no es obstáculo para que nos ocupemos de tratar una faceta de esta responsabilidad, que corresponde a la protección del inversionista extranjero en casos o hipótesis en los que el derecho interno no protege a los administrados chilenos según la última jurisprudencia de la Corte Suprema: las expropiaciones regulatorias.

A. TIPOS DE TBIS: REMEDIOS LOCALES, *FORK IN THE ROAD* Y JURISDICCIÓN ALTERNATIVA LIBRE

Desde el punto de vista procesal, la primera pregunta que debe formularse es si los conflictos entre inversionistas extranjeros y el Estado constituyen materia de arbitraje forzoso. En caso de serlo, a pesar de haberse incorporado al derecho chileno, los derechos contenidos en los TBIs no serían *accionables* ante nuestros tribunales. Esto ocurriría no por la no incorporación al derecho chileno, sino solo por falta de competencia de nuestros tribunales. Ahora bien, según demostraremos, no estamos aquí frente a un caso de arbitraje forzoso.

El derecho internacional consuetudinario –tanto en el campo de la protección diplomática como en el campo de los derechos humanos– establece la regla del agotamiento de los remedios o recursos locales como requisito para plantear una reclamación a nivel internacional¹⁰⁴. De acuerdo a esta regla, es necesario agotar las acciones y recursos judiciales internos como requisito de admisibilidad de una reclamación en el plano internacional.

¹⁰⁴ Vid. CHITTHARANJAN F. AMERANSHINGHE, *Local Remedies in International Law* (Grotius, Cambridge, Massachusetts, 1990), BROWNLIE, *supra* nota 8, pp. 472-481 y SHAW, *supra* nota 21, pp. 730-732. Vid. también el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso ELSI, *supra* nota 92, §59, p. 46.

Dado que la referida regla implica normalmente una demora de tiempo considerable para la parte agraviada, los TBIs han decidido modificarla y evitar el referido agotamiento de remedios locales. Ahora bien, existen diversos mecanismos para reemplazar la regla del agotamiento de los recursos internos. La primera, que llamamos aquí “remedios locales” –sin “agotamiento”–, exige al inversionista recurrir en forma *previa* a los tribunales locales, aunque no necesariamente agotar las acciones y recursos que el derecho interno le brinda. Así por ejemplo, el TBIs Chile-Alemania dispone en su artículo 10 dispone lo siguiente:

(2) Si una divergencia en el sentido del párrafo primero no pudiera ser dirimida en el plazo de seis meses a partir del momento de la reclamación por uno de los dos litigantes, será sometida a instancia de una de las partes litigantes a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión. (3) A instancia de una de las partes litigantes la divergencia será sometida a un Tribunal arbitral internacional: a) cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el párrafo segundo del presente Artículo o b) cuando, existiendo tal decisión, una de las partes litigantes entienda que la misma infringe las disposiciones del presente Tratado; el procedimiento arbitral deberá iniciarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la resolución por escrito.

En todo caso, la regla más habitual contenida en los TBIs celebrados por Chile es la cláusula llamada *fork in the road* (bifurcación en el camino). De acuerdo a esta cláusula, el inversionista debe elegir si somete la disputa a los tribunales locales o a un tribunal internacional, y luego de realizada la elección la otra queda completamente descartada¹⁰⁵. Así por ejemplo, el TBIs celebrado entre Chile y la República Checa establece en su artículo 8 lo siguiente:

(2) Si dichas consultas no dieran como resultado una solución dentro de tres meses desde la fecha de la solicitud de solución, el inversionista podrá remitir la controversia ya sea: a) al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o b) a arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre los Estados y los Nacionales de otros Estados abierta para la suscripción de firmas en Washington, el 18 de marzo de 1965; o c) un árbitro del tribunal internacional ad-hoc establecido en virtud de las Normas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Las Partes en controversia podrán acordar por escrito modificar estas Normas. (3) *Una vez que el*

¹⁰⁵ Esto sin perjuicio del reclamo contra la decisión judicial en el plano internacional por la causal de denegación de justicia (*denial of justice*).

inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión o a arbitraje internacional, esa elección será definitiva.

Sin pretender ser absolutamente exhaustivo, cabe señalar que hay un tercer tipo de solución alternativa a la regla del agotamiento de los recursos locales. De acuerdo a esta –que llamamos aquí de “jurisdicción complementaria”– se permite al inversionista extranjero iniciar la reclamación ante los tribunales internacionales en cualquier momento, sin perjuicio de haber partido primero con una demanda en un tribunal local. Ahora bien, para efectos de la admisibilidad de la reclamación en la sede internacional, el inversionista deberá renunciar a continuar con las acciones y recursos locales (o renunciar a iniciarlas si no lo ha hecho). Así por ejemplo, el Capítulo 10 del TLC Chile-Estados Unidos dispone que:

Artículo 10.15(5): Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1: (a) de conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo; (b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI; (c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o (d) si las partes contendientes lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.

Artículo 10.17(2): Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: (a) el demandante consiente por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y (b) la notificación de arbitraje a que se refiere el artículo 10.15(6) se acompañe: (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del artículo 10.15(1)(a), (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del artículo 10.15(1)(b), *de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de los hechos que se alegan haber dado lugar a la violación reclamada.*

En definitiva, en la generalidad de los preceptos de solución de controversias entre un Estado y los inversionistas de otro Estado, se reconoce y acepta la facultad de este último para someter sus conflictos a la autoridad de los tribunales domésticos del Estado anfitrión. Se comprueba entonces que no estamos frente a una materia de arbitraje forzoso, lo que termina por demostrar que los derechos y acciones establecidas en los BITs son plenamente invocables y ejercitables ante los tribunales chilenos.

B. LAS ACCIONES *TRADICIONALES* DEL DERECHO INTERNO CHILENO Y LAS ACCIONES EMANADAS DE LOS TBIS

Los TBIs reconocen la competencia de los tribunales domésticos para resolver conflictos de protección de inversión. Si se excluye por un momento el derecho internacional del derecho chileno, podemos afirmar que este último ofrece un sinnúmero de derechos y acciones a los particulares en orden a remediar las lesiones producidas por la actividad de la Administración. La naturaleza de estos derechos o acciones *tradicionales* del derecho chileno determinan el tribunal competente conforme al orden interno. En efecto, la Constitución, las leyes sustantivas que definen los límites y condiciones del ejercicio de las potestades públicas –incluida la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado– y la Ley de Procedimiento Administrativo determinan una serie de derechos de naturaleza procesal y sustantivo de los administrados frente a la Administración.

Conforme a lo anterior, una persona lesionada en sus derechos e intereses legítimos, puede defenderse tanto en sede administrativa como en sede judicial. Dado que en Chile no hay obligación de agotar los recursos administrativos antes de recurrir a los tribunales, la elección respectiva es más o menos libre para los afectados. La sede administrativa es siempre una oportunidad de revisión plena de la decisión, tanto en cuanto a legalidad como en cuanto a la totalidad de los elementos constitutivos de la discrecionalidad administrativa¹⁰⁶. Dado que el superior jerárquico tiene la misma competencia y en mejor grado, no tiene deber de respeto alguno por los elementos jurídicos y no jurídicos que inspiran la decisión.

La sede judicial permite a los administrados reclamar esencialmente dos cosas (sin ánimo taxativo): la anulación de la decisión y la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de la decisión¹⁰⁷. Estos corresponden genéricamente a los dos tipos de contenciosos desarrollados en Francia, el anulatorio y el de plena jurisdicción, y definen la tipología *natural* de la litigación contencioso-administrativa. Como dicen García de Enterría y Fernández, citando a Hauriou, el “instinto popular” reclama dos correctivos básicos frente a la Administración: “que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”¹⁰⁸.

En cuanto al contencioso anulatorio, nuestro ordenamiento ofrece un variado conjunto de acciones en favor de los administrados, todas las cuales exigen por cierto la ilegalidad –en sentido amplio– del acto impugnado. Primero que nada, aunque no guste a los puristas, el recurso de protección, de competencia de la Corte de Apelaciones respectiva, ha cumplido este papel, aunque ahora último en forma muy poco satisfactoria. Argumentos como los que en sede de protección no se puede discutir la interpretación de la ley o que la interpretación de la ley de la administración debe ser aberrante para el recurso prospere, tan frecuentemente usados por nuestros Tribunales Superiores

¹⁰⁶ Rechazamos el binomio legalidad-mérito usado por el Tribunal Constitucional –tomado de la doctrina francesa– por no reflejar apropiadamente el complejo problema de la discrecionalidad administrativa.

¹⁰⁷ Esto sin perjuicio de otras peticiones, como por ejemplo, acciones meramente declarativas.

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II (Editorial Civitas, Madrid, 2002), 8ª ed., pp. 357.

en el último tiempo¹⁰⁹, han terminado por destruir el uso anulatorio del recurso de protección. Algo parecido se puede decir del amparo económico dada la nueva jurisprudencia que afirma que los Tribunales no pueden tomar medidas en caso de acoger el recurso¹¹⁰.

Segundo, el administrado cuenta con la acción de nulidad de derecho público que se interpone ante el Juez de Letras con competencia en lo Civil, que es la acción básica o genérica procedente contra todos los actos de la Administración. Tercero, la legislación provee un sinnúmero de acciones anulatorias especiales, cuya competencia corresponde ya sea al juez de letras o a la Corte de Apelaciones respectiva. Por último, en el plano de relaciones contractuales de derecho público, el contratista goza también de las acciones emanadas del contrato-administrativo, las que en el caso de cumplimiento forzado de la obligación pueden revestir efectos anulatorios.

Ahora bien, los administrados pueden elegir demandar conjuntamente o alternativamente la anulación y la indemnización de perjuicios derivadas de la actuación administrativa. *En principio*, por disponerlo así la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que siguió en este punto al derecho francés¹¹¹, la responsabilidad del Estado depende de la existencia de una falta de servicio, concepto más amplio aunque plenamente incluyente del concepto de ilegalidad. Esto es, toda ilegalidad es *per se* una falta de servicio, sin perjuicio de que no siempre dé lugar a indemnización y de que existan otras situaciones no ilegales –especialmente en el caso de hechos materiales– que sí son calificables de falta de servicio¹¹².

¹⁰⁹ Ver por ejemplo, Corte de Valparaíso, Rol 64-2000, 6 de junio de 2001, confirmada por la Corte Suprema con fecha 11 de julio de 2001, Rol 2275-2001: “Séptimo: Que, por último cabe dejar sentado que para la procedencia de este amparo constitucional de protección, es necesario que tanto el derecho del recurrente resulte absolutamente nítido a la luz del derecho, como que el hecho que lo perturba, menoscaba o amenaza sea claramente ilegal o arbitrario, por lo que difícilmente resulta la procedencia de una protección constitucional, cuando ella se funda solo en la errada interpretación de una norma hecha por la autoridad administrativa o ejecutiva para que ello fuera posible, *se hace necesario que tal interpretación hecha por la recurrida de una norma específica, como en el caso de autos, sea palmariamente errónea, error de tal magnitud, que lleva a una ilegalidad a arbitrariedad (sic), situaciones estas, que como ya se dijo, distan de ser efectivas en el caso que nos ocupa*” (énfasis agregado) (sentencia no publicada, obtenida directamente del expediente).

¹¹⁰ Ver por ejemplo sentencia de la Corte Suprema de fecha 28 de agosto de 2002, causa Rol 2795-2002, publicada en el sitio web del Consejo de Defensa del Estado www.cde.cl. En su considerando 5°, expone que: “Debe agregarse a lo ya expresado, que a través de este medio se constata la violación de las garantías plasmadas en los dos incisos del número 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin que resulte procedente la adopción de medida alguna en el caso de acogimiento. . .”.

¹¹¹ De acuerdo a PIERRY ARRAU, Pedro, “Algunos Aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XCII, 1ª Parte, p. 17 (1995), “cuando la Comisión encargada de la redacción del proyecto sobre organización básica de la disposición que posteriormente pasaría a constituir el artículo 44 de la Ley 18.575. . . no pretendió introducir en Chile un injerto extranjerizante, sino que incorporar al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual elaborado por el derecho administrativo francés”.

¹¹² *Vid.* CHAPUS, René, *Droit administratif générale*, T. 1 (Domat Droit Public, Paris, Francia, 15 Ed., 2001), pp. 1295-1296 (“Si la décision est illégale, elle est par là même fautive. La commission d’une illégalité est toujours une faute, quelle que soit cette illégalité et notamment qu’il s’agisse d’illégalité externe o d’illégalité interne”). El principio que rige es el *rien n’est plus banal*, o sea, nada está de más en el ordenamiento, toda ilegalidad es falta. Ver también AUBY, Jean-Bernard, “Administrative Law in France”,

Decimos *en principio* por cuanto el derecho constitucional chileno no ha definido en términos completos y precisos el estatuto de responsabilidad que debe vincular al Estado con los habitantes de la República. Ahora bien, sí establece ciertos límites o restricciones a la libertad normativa del legislador, límites que incorporan hipótesis de responsabilidad sin falta u objetiva¹¹³. No se trata que la Constitución imponga un sistema de responsabilidad objetivo “puro” –cosa que no creemos– sino que la misma exige que algunas situaciones que no puedan ser vinculadas a una falta deban igualmente ser indemnizadas. Nos referimos al derecho a la igualdad en las cargas públicas –19 N° 20 de la Constitución– y en menor grado al uso de la expresión “lesión” en el artículo 38 inciso 2° de la misma. De conformidad a lo anterior, el legislador está habilitado para establecer un sistema de responsabilidad por falta de servicio, pero no puede limitar la responsabilidad exclusivamente a ese sistema, pues de lo contrario infringiría los artículos 19 N° 20 y 38 inciso 2° entre otros principios constitucionales. Un individuo lesionado en sus derechos por una actuación sin falta en una situación de máxima desigualdad frente a una carga impuesta –el llamado *sacrificio especial*–, debe ser indemnizado por mandato constitucional. Lo mismo ocurre cuando se ha violado un principio general del derecho, como en el caso de la confianza legítima (o expectativas legítimas). Ya volveremos más adelante sobre este punto.

Frente a este conjunto de derechos y acciones procesales de derecho interno, el inversionista extranjero incorpora los derechos y acciones que recibe gracias a la aplicación directa de los TBIs y del derecho internacional. En efecto, si hemos aceptado que los TBIs son *self-executing* y que otorgan derechos a los inversionistas extranjeros, entonces los mismos pueden añadir a los derechos y acciones *tradicionales* aquellas que encuentran su fundamento en los referidos tratados.

Como ya hemos indicado, las demandas que un inversionista extranjero puede entablar de conformidad a un TBIs tienen por finalidad esencial hacer exigible la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. El objeto pedido clásico en este contexto es el resarcimiento de los daños y perjuicios, aunque últimamente los tribunales del CIADI –en aplicación de los conceptos *cessation y satisfaction*, que el derecho interna-

en René Seerden y Fritz Stroink, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Intersentia-Metro, 2002, p. 85, “French Administrative Law has quite a wide conception of what constitutes an administrative fault. This is mainly shown by the fact that any illegality, in any administrative decision, is considered in and by itself as a fault. It is considered so even if it is purely formal or procedural. However, that principle has a noteworthy limit: illegality will not be able to lead to liability where it appears that the decision procedurally vitiated was justified in fact and in substance” (énfasis agregado).

¹¹³ El uso de la terminología *responsabilidad objetiva* es fuente de numerosas confusiones. El concepto lo usamos aquí únicamente en el sentido de tratarse de una responsabilidad sin falta. Pero por cierto que debe existir un criterio de causalidad en sentido normativo, esto es, un criterio de imputación del daño. En otras palabras, incluso en hipótesis de ausencia de falta, debe existir una norma que vincule el daño a la Administración, como lo sería el caso de los principios de la igualdad en la repartición de las cargas públicas –el *sacrificio especial*– o un principio general del derecho como la protección de la confianza legítima, entre otros. Por el contrario, hablamos de un sistema de *responsabilidad objetivo “puro”* para referirnos a aquellos que no exigen ningún criterio de imputación distinto a la mera causalidad en sentido naturalista.

cional establece como consecuencia de un incumplimiento— están sentando el precedente que dicho objeto pedido pueda ser más amplio. Se permite así la interposición de acciones declarativas y de condena, las que podrían llegar incluso a incluir la petición de terminación del acto ilícito y sus efectos¹¹⁴. Ahora bien, para los efectos de este trabajo, dado que la petición tradicional y habitual es el pago de los daños y perjuicios, nos enfocamos aquí en demandas de indemnización de perjuicios que comprometen la responsabilidad del Estado, dejando para un estudio futuro los efectos más generales de la competencia de los tribunales frente a incumplimientos internacionales.

Desde la perspectiva interna, el impacto de estos tratados es entonces extraordinario. Las acciones indemnizatorias otorgadas por los TBIs en caso de un incumplimiento o violación a los derechos en ellos establecidos —sean conocidas y juzgadas por los Tribunales chilenos o por los Tribunales del CIADI— constituyen un sustituto de la litigación reparatoria o compensatoria clásica de derecho administrativo interno: acciones responsabilidad del Estado y acciones de expropiación¹¹⁵.

En consecuencia, un inversionista extranjero puede demandar la responsabilidad del Estado por violación del deber de no expropiación indirecta —incluyendo expropiaciones regulatorias— o por violación de los principios de trato justo y equitativo y de trato nacional basado en un TBIs. Estas acciones y derechos —como las demás establecidas en estos tratados— no son iguales a las otorgadas por el ordenamiento jurídico interno, no solo porque el contenido normativo de los TBIs no es totalmente coincidente con el interno chileno, sino porque el estatuto de responsabilidad del Estado se rige por el derecho internacional y no por el derecho público. En Chile se respeta la propiedad y el Estado es responsable de sus actuaciones, pero los límites, contenidos y estatuto general de responsabilidad no son los mismos en el derecho interno que en lo establecido en cada uno de estos tratados.

¹¹⁴ Vid. la discusión respecto a la competencia de los tribunales del CIADI para dictar resoluciones declarativas o de condena que contengan órdenes de cumplimiento específico (*specific performance*) u otras órdenes positivas o negativas (*injunctions*) en *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina*, caso CIADI ARB/01/03, de fecha 14 de enero de 2004, §75-81, pp. 31-34. Más en concreto, vid. *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Decisión Final, Fallo de fecha 1 de julio de 2004, donde en el numeral resolutivo 6°, se deja “sin efecto legal” ciertas resoluciones dictadas por la autoridad tributaria ecuatoriana. Vid. *asimismo* SCHREUER, Christoph, “Comentary on the ICSID Convention”, en *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, N° 1, p. 101 (artículo 54) (1999) (“It is entirely possible that future cases will involve dispute arising from ongoing relationships in which awards providing for specific performance or injunctions become relevant”) (todos los comentarios de Schreuer, CHRISTOPH, publicados en la Revista del CIADI o ICSID están compilados en el libro *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge University Press, New York, New York, 2001). En contra, vid. *Alex Genin (Et. Al) v. Estonia*, caso CIADI N° ARB/99/2, Decisión del Tribunal, 25 de junio de 2001, §332, p. 80: “Es del todo obvio que esta materia [la anulación de la revocación] tenía que ser litigada en Estonia [el país anfitrión]; no existía otra jurisdicción competente para restaurar el *status quo*”. Todos los fallos están disponibles en <http://ita.law.uvic.ca/chronological-list.htm>; última visita, 21 de octubre de 2004.

¹¹⁵ Como hemos señalado más arriba, las acciones de los TBIs pueden constituir también un sustituto a la litigación anulatoria clásica del derecho administrativo interno. Aquí solo nos enfocamos en lo que el derecho administrativo interno reconoce como responsabilidad del Estado en sentido lato, incluida la institución de la expropiación.

He aquí el punto medular de este trabajo. La distinta naturaleza de los derechos y acciones internos y los de los TBIs no es una simple intelequia academicista. Por el contrario, es el fundamento de una distinción esencial en la competencia de los tribunales chilenos. Esto lo tratamos en el siguiente acápite.

C. APLICACIÓN DE LOS TBIS Y TRIBUNAL COMPETENTE: ¿JUEZ DE LETRAS O PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA?

Si los TBIs confieren derechos a los inversionistas extranjeros, cabe preguntarse cuál es el tribunal competente para conocer de las acciones fundadas en los mismos. Dos alternativas caben a este respecto: a) los Jueces de Letras en lo Civil de acuerdo a las reglas ordinarias de competencia absoluta y relativa; b) el Presidente de la Corte Suprema en virtud del artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que “el Presidente de la Corte Suprema conocerá en primera instancia: 3° de las causas de presas y demás que deban resolverse de acuerdo al derecho internacional”.

Este último artículo tiene como antecesor el artículo 117 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 13 de octubre de 1875, que otorgaba idéntica competencia a un Ministro de la Corte Suprema (no a su Presidente)¹¹⁶. Desde entonces que los miembros del máximo Tribunal han conocido –aunque en forma bastante poco frecuente– de casos de derecho internacional, incluyendo algunos tan extraordinarios e interesantes como el de los Ferrocarriles Salitreros de Tarapacá en contra del Fisco de Chile de 1886¹¹⁷ y el de los barcos daneses –*Lauritzen con Fisco*– en 1955¹¹⁸.

La interpretación del artículo no es fácil, pues no se puede llegar al extremo de señalar que todas las causas en las que alguna norma de derecho internacional tenga algún grado de injerencia deban ser conocidas por el Presidente de la Corte Suprema. Esta interpretación daría lugar a la *transformación* de todas las causas domésticas en causas internacionales producto de la amplísima naturaleza de los tratados de derechos humanos. En nuestro concepto, “causas que deban resolverse de acuerdo al derecho internacional” se refiere a litigios en los que el derecho o acción emane del derecho internacional *en combinación* con que el “derecho aplicable” sea *primordialmente* el derecho internacional.

Debemos partir por señalar que la escasísima jurisprudencia de nuestros tribunales relativa al artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales y, antes, al artículo 117 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales es consistente con la opinión antes señalada. Entre los criterios que controlarían la decisión según dicha jurisprudencia

¹¹⁶ Hemos revisado la historia fidedigna de la citada ley y lamentablemente no hemos encontrado nada interesante. La única discusión mínimamente relevante se produjo en la “30ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Senadores” de 30 de agosto de 1875, en *Boletín de las Sesiones Ordinarias en 1875*, en la cual los Senadores Reyes y Pinto discutieron si debía o no explicitarse que las causas de extradición eran de aquellas que debían ser conocidas en virtud del artículo 117 en lo relativo al “derecho internacional”.

¹¹⁷ *Vid.* COMPAÑÍA DE LOS FERROCARRILES SALITREROS LIMITADA, *Demanda de la Compañía de los Ferrocarriles Salitreros Limitada con el Fisco sobre Subsistencia de un Privilegio*, Imprenta de la República, Santiago, Chile, 1886.

¹¹⁸ *Lauritzen con Fisco*, *supra* nota 71, p. 478 (1955).

cia pueden mencionarse: a) “que se persigan derechos emanados o regidos por un Tratado Internacional”¹¹⁹; b) que se trate de cuestiones de derecho internacional público o derecho internacional privado, distintas a controversias sobre derechos patrimoniales entre habitantes de la República¹²⁰; c) que la causa de pedir de la demanda se fundamente en normas y principios de derecho internacional¹²¹. Otro criterio que se ha utilizado –cuya validez debe ponerse en duda frente a las características presentes del derecho internacional– es que la “materia” sea propia del derecho internacional y no propia del derecho chileno¹²².

Antes de continuar es necesario advertir que la incorporación del derecho internacional al derecho chileno no implica que el primero pierda por ello su condición de tal. Necesariamente cuando el artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales se refiere al derecho internacional lo hace respecto a aquel que ha sido *repcionado* por el derecho chileno. De lo contrario el artículo haría referencia a un derecho no aplicable por un Tribunal en Chile lo cual es absurdo. Asimismo, ocurre también que las normas de derecho internacional público sobre conflicto de leyes pueden conducir a la aplicación del derecho nacional, pero en tal caso el uso derecho nacional para resolver ciertos elementos o ámbitos de la discusión está comandado por el derecho internacional, de modo que la situación en general debe considerarse bajo la órbita de este último.

Sabiendo que el primer elemento se cumple en el caso de los TBIs –derechos o acciones emanadas de un tratado internacional– la pregunta central es entonces la siguiente: ¿cuál es el derecho aplicable en el caso de demandas basadas en los TBIs? La respuesta es compleja debido a que todos los TBIs y TLC que Chile ha ratificado y que contemplan cláusulas de derecho aplicable se refieren exclusivamente al derecho que

¹¹⁹ *Transmarea Naviera Chilena y otros*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XC, 2ª Parte, Sección 6ª, pp. 159 y siguientes (1993). Se trata aquí de la Resolución N° 251 de 20 de enero de 1987, dictada por la Comisión Resolutiva Antimonopolios, que rechazó excepción de incompetencia en base al artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales. La resolución fue confirmada por la Corte Suprema en sede de recurso de queja. Otro caso muy similar, fallado en el mismo sentido, es *Compañía Chilena de Navegación Interoceánica*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XCI, 2ª Parte, Sección 6ª, pp. 54 y ss (1994).

¹²⁰ *Banco Alemán Transatlántico con Espada y otros*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. X, 2ª Parte, Sección 1ª, pp. 469 y ss (1913). Este fallo recoge una concepción antigua sobre la naturaleza del derecho internacional público –conflictos entre naciones– pero en la medida que dicho concepto se actualice, la tesis es válida.

¹²¹ *Lauritzen con Fisco*, *supra* nota 71, p. 470, resolución del Presidente de la Corte Suprema que rechazó la excepción de incompetencia presentado por el Fisco. Ver también, p. 483, el considerando 41° del fallo que resolvió la apelación presentada en contra de la sentencia definitiva dictada por el Presidente de la Corte Suprema.

¹²² *Pablo Klimpel con Fisco*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXVII, 2ª Parte, Sección 2ª, p. 28 y ss. (1980). En el considerando 19°, la Corte de Apelaciones afirmó: “Que debe rechazarse la acción de perjuicios deducida en cuanto se funda en violación a Tratados y normas de derecho internacional, porque en estos autos se persigue una indemnización por haberse detenido, apresado y conducido a Iquique a un barco que navegaba en aguas territoriales y procesado a su dueño y capitán, en el entendido de que era portador de contrabando, materias todas estas propias del derecho interno y relativas a las atribuciones del Gobierno y al uso de ellas”, agregando en el considerando 20° que “la conclusión anterior está confirmada por la resolución del señor Presidente de la Excma. Corte Suprema, por la cual se declaró incompetente para conocer del asunto, por no tratarse de una causa de presa ni de aquellas que deban juzgarse con arreglo al derecho internacional”.

deben utilizar los tribunales arbitrales (no hay referencia a los tribunales domésticos). En efecto, las distintos tipos de cláusulas de derecho aplicable pueden ser reducidos a los siguientes casos:

TLC Chile-Estados Unidos. “Artículo 10.21.1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el artículo 10.15(1)(a)(i)(A) o con el artículo 10.15(1)(b)(i)(A) [relativos a violaciones a las normas sustantivas del tratado], el Tribunal [Arbitral] *decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional*”. “Artículo 10.21.2. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el artículo 10.15(1)(a)(i)(B) o (C) o con el artículo 10.15(1)(b)(i)(B) o (C) [relativo a violaciones de los términos y condiciones de la autorización de inversión o acuerdo de inversión, esto es, una reclamación contractual], el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de acuerdo con las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado. *Si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera, el Tribunal aplicará la legislación del demandado (incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes), los términos del acuerdo de inversión o de la autorización de inversión, las normas del derecho internacional, según sean aplicables, y este Tratado*” (énfasis agregado).

TBI Chile-Argentina. “Artículo 10.4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflictos de leyes– y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del derecho internacional en la materia”.

TBI Chile-Venezuela. “Artículo 8.7. El tribunal arbitral decidirá sobre la base de las disposiciones del presente Acuerdo y de otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes, de los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, del derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, como de los principios y normas del derecho internacional que sean aplicables”.

En muchos casos los TBIs no disponen de ninguna cláusula que establezca el derecho aplicable para el tribunal arbitral¹²³, lo que en el caso de tribunales del CIADI significa la remisión al artículo 42(1) del referido Convenio, que es del siguiente tenor:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

¹²³ Ver por ejemplo los siguientes TBIs: Chile-Paraguay, Chile-El Salvador, Chile-Panamá, Chile-Francia, Chile-Noruega, entre otros.

Como puede apreciarse, el tema del derecho aplicable no es trivial ni siquiera para un tribunal del CIADI pues todas las provisiones antes citadas establecen distintos grados de combinación entre el derecho interno y el derecho internacional, incluidas las normas del propio TBI que es derecho internacional (que se aplica en primer lugar en el orden de prelación). La más débil parece ser la del Convenio del CIADI por someter el derecho internacional a la condición de que sus normas “pudieren ser aplicables”. La historia de dicha disposición demuestra que se trató de una redacción de compromiso, que no solucionó totalmente el tema de fondo, sino que dejó pospuesto el debate para ser solucionado necesariamente en cada una de las controversias arbitrales¹²⁴. En todo caso, dicha disposición ha sido interpretada en el sentido que en caso de conflicto, el derecho internacional prima sobre el derecho interno¹²⁵.

Pero todas estas cláusulas tienen un valor meramente referencial desde la perspectiva de los tribunales internos, pues como señalamos anteriormente, el establecimiento del derecho aplicable en los TBIs lo es únicamente para los tribunales arbitrales y no para los tribunales domésticos. Cuando las partes celebraron los TBIs estaban pensando claramente que los inversionistas extranjeros pretendían escapar de los tribunales locales, hipótesis que es precisamente la contraria a la que se aborda en este trabajo sobre aplicación directa de los TBIs en Chile.

Entonces, ante el silencio sobre esta materia, ¿cuál es el derecho aplicable? Los Tribunales chilenos deben aplicar la *lex fori* –i.e. derecho chileno–, que como hemos indicado, contiene también al derecho internacional consuetudinario y a los tratados. Enseguida, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, artículo 2(1)(a), un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional” (énfasis agregado). El dualismo moderado chileno implica que dicha norma, contenida en un Tratado ratificado, promulgado y publicado, se aplica en el plano interno, muy en particular dada la ausencia de otra norma legal posterior en sentido contrario¹²⁶. En consecuencia, cabe afirmar que una

¹²⁴ Vid. SCHREUER, Christoph, “Comentary on the ICSID Convention”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, N° 2, pp. 403 y 475-477 (artículo 42) (1997). Además, el artículo 42(1) está pensado para ser aplicado en contextos en los que no hay TBIs, como cuando un Estado celebra un contrato de inversión con un extranjero y las controversias de dicho contrato son entregadas a los tribunales del CIADI. En ese caso no hay tratado sino solo normas contractuales y la cuestión del derecho aplicable puede desligarse en mayor grado del derecho internacional.

¹²⁵ Vid. *Amco Asia Corporation et al. v. Republic of Indonesia, International Legal Materials* N° 25, pp. 1439 y ss. (1986), especialmente §18 y ss. De acuerdo al comentario de SCHREUER al artículo 42 de la Convención del CIADI, *supra* nota 124, pp. 453 y 477-488, el derecho internacional cumple una función suplementaria y correctiva.

¹²⁶ Así lo acepta un fallo de la Corte Suprema, *Fallos del Mes* N° 338, enero de 1987, pp. 987-988, considerando 5°: “Por otra parte, debe también tenerse presente que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –la que ha sido ratificada por Chile–, ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido que haya de atribuirles a los términos del Tratado teniendo en cuenta su objeto y fin’”. Comentando dicho fallo, BENADAVA, *supra* nota 30, p. 46, opina que “de esta sentencia parece desprenderse que, al interpretar un tratado, un tribunal chileno debe aplicar las normas de derecho internacional sobre interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. La referencia que hacemos aquí a la Convención

demanda que interpone acciones emanadas de un TBIs –que es derecho internacional en sí, que se rige conforme al derecho internacional y que constituye *lex specialis* respecto a los inversionistas extranjeros en Chile y por ello fuera de conflicto con las normas domésticas en sentido estricto– debe en principio ser resuelta conforme al derecho internacional y es por ello de competencia del Presidente de la Corte Suprema.

Precisando aún más la cuestión, creemos que el tratado de Estados Unidos da cuenta de la naturaleza de los TBIs. Si la acción interpuesta por el inversionista alega la violación de una norma del TBIs, la controversia es entonces de derecho internacional. Es un principio que el demandante controla su demanda y las acciones que en ella deduce (sin perjuicio del mérito de tales acciones)¹²⁷, aunque por cierto no se trata de un derecho absoluto¹²⁸. De forma que, en tal caso, se trata de la violación de una obligación internacional por parte de un Estado sujeta al estatuto propio de tales obligaciones que es el del derecho internacional. Esto no significa que el derecho interno pueda ser totalmente pasado por alto, pero sí que la acción interpuesta es esencialmente de derecho internacional y por ende del conocimiento del Presidente de la Corte Suprema. Por el contrario, si la acción interpuesta se refiere a un “mero” incumplimiento de parte del Estado del contrato de inversión, de las concesiones administrativas, o de la legalidad en general, entonces la demanda debe ser considerada de derecho interno sometida por ende a los Jueces Civiles de Primera Instancia.

La cuestión es, sin embargo, todavía más complicada. Los “meros” incumplimientos contractuales o de legalidad interna pueden ser “elevados” a la calidad de incumplimientos del tratado en virtud de la *cláusula umbrella* cuyo propósito es precisamente ese. Las expropiaciones directas e indirectas tienen también una cierta virtud “elevatoria” o “espejo” que puede conectar más o menos directamente legalidad interna con legalidad internacional. En el mismo sentido, otras cláusulas de los TBIs también producen este efecto, aunque en menor grado, por ejemplo la cláusula de trato justo y equitativo (i.e. una ilegalidad grosera bajo la legalidad interna puede ser una infracción al deber de trato justo y equitativo).

Dado que la competencia del Presidente de la Corte Suprema en base al artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales lo hace parecerse mucho a un tribunal

de Viena no adolece del defecto que acusamos más arriba respecto de quienes lo invocan para demostrar la superioridad de los tratados respecto de la ley. En este caso, no hay conflicto entre la Convención de Viena y el derecho interno; si lo hubiera, prevalecía el derecho interno en el plano interno, y la Convención en el plano internacional.

¹²⁷ Este principio procesal fue aceptado en *Lauritzen con Fisco*, *supra* nota 71, p. 470, al resolverse la excepción de incompetencia por el Presidente de la Corte Suprema. En un sentido algo más débil también fue reconocido en *Tobar y otros con Fisco*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XX, 2ª Parte, Sección 1ª, pp. 280 y ss, considerando 33°.

¹²⁸ Que este principio no sea absoluto quiere decir que algún control sustancial tiene que existir en fase liminar –al resolver excepciones dilatorias de incompetencia– a fin de controlar que la controversia sea efectivamente de derecho internacional. Esta tesis aparece recogida en la sentencia definitiva de segunda instancia en *Lauritzen con Fisco*, *supra* nota 71, pp. 483-484, considerandos 41° y ss., donde la Corte Suprema afirmó que en virtud del principio *iuria novit curia*, el Tribunal debe indagar en torno a la verdadera causa de pedir que subyace a la acción deducida sin estar atado a los preceptos legales invocados por el actor.

internacional¹²⁹, el problema se plantea más o menos en los mismos términos que los límites jurisdiccionales en los tribunales del CIADI¹³⁰. A pesar que aún no hay doctrinas claras ni uniformemente aceptadas, la solución parece ser que deben distinguirse problemas “jurisdiccionales” –esto es, de competencia en nuestra jerga procesal– de problemas “de derecho de fondo”. En consecuencia, si el inversionista plantea su demanda como incumplimiento de una obligación del tratado, entonces estamos frente a una demanda que debe resolverse conforme al derecho internacional y por ende el tribunal competente es el Presidente de la Corte Suprema. Los conflictos meramente contractuales o de mera legalidad no son de su competencia, a menos que una cláusula *umbrella* u otra del tratado los eleven a obligaciones internacionales, en cuyo caso el incumplimiento contractual o infracción de ley interno es *per se* o “al mismo tiempo” un incumplimiento al tratado. En el caso de expropiaciones y de otras alegaciones equivalentes, si la demanda viene redactada en términos de infracciones al TBIs, el Presidente de la Corte Suprema es competente, sin perjuicio que, aplicando la ley de fondo, el mismo Tribunal concluya que el incumplimiento contractual o de infracción a la ley no determina una violación al tratado. Los demandantes controlan los términos en los cuales plantean sus demandas, ello sin perjuicio del mérito de las mismas en cuanto al fondo de la acción deducida.

¹²⁹ Vid. BENADAVA, *supra* nota 30, p. 32, quien formula el siguiente comentario: “En el ‘caso de los barcos daneses’ nuestra Corte Suprema aplicó el derecho internacional consuetudinario en la misma forma en que lo habría hecho un tribunal internacional; sus considerandos no hacen siquiera distinción expresa entre la aplicación del derecho internacional en el plano interno y su aplicación en el plano internacional. Estimando que el caso sometido a su decisión era uno de aquellos que, de acuerdo con el artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales, debía ‘juzgarse con arreglo al Derecho Internacional’, la Corte se comportó, respecto del derecho sustantivo aplicable, como un verdadero tribunal internacional”.

¹³⁰ Ver dos de los principales casos sobre la materia: *SGS Societé Générale de Surveillance S.A. v. Pakistán*, caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, y *SGS Societé Générale de Surveillance S.A. v. Filipinas*, caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004. En general, sobre la diferencia entre acciones emanadas de los TBIs y las acciones emanadas conforme al contrato y al derecho interno, *vid. también, Lanco v. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/97/6, Decisión Preliminar, 8 de diciembre de 1998; *Wena Hotels Limited v. Egipto*, caso CIADI N° ARB/98/4, Decisión en procedimiento de Anulación, 28 de enero de 2000; *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. (et al.) v. Argentina* (también conocido como caso *Vivendi I*), caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión del Tribunal, 21 de noviembre de 2000; *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. (et al.) v. Argentina* (también conocido como caso *Vivendi II*), caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión en procedimiento de Anulación, 3 de julio de 2002; *Alex Genin (et al.) v. Estonia*, caso CIADI N° ARB/99/2, Decisión del Tribunal, 25 de junio de 2001; *Lauder v. República Checa*, caso UNCITRAL, Decisión Final del Tribunal, 3 de septiembre de 2001; *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, *Azurix Corp. v. Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003; *LG & E Energy Corp. v. Argentina*, caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de abril de 2004; *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Decisión Final, Fallo de fecha 1 de julio de 2004; *Siemens A.G. v. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004; y, *PSEG Global Inc. (et al.) v. Turquía*, caso CIADI N° ARB/02/5, Decisión sobre Jurisdicción, 4 de junio de 2004. Todos los casos citados están disponibles en el siguiente sitio web <http://ita.law.uvic.ca/chronological-list.htm> (última visita, 21 de octubre de 2004), salvo el último de los mencionados que se encuentra en <http://www.asil.org/ilib/psegdecision.pdf> (última visita 25 de octubre de 2004). El paralelo es muy interesante con la discusión sobre la excepción de incompetencia que se produjo en *Lauritzen con Fisco*, RDJ, T. LII, 2ª Parte, Sección 1ª, considerandos 1° a 12°, 32° a 34°, y 51°, pp. 444 a 487.

D. ¿PUEDEN INVOCARSE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL (TBIs) EN LAS ACCIONES TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNO CHILENO ANTE EL JUEZ DE LETRAS?

Si el inversionista extranjero decide deducir las acciones *tradicionales* del derecho administrativo interno, esto es, las acciones anulatorias o de responsabilidad del Estado conforme al derecho chileno, como asimismo las acciones y derechos emanados del contrato de inversión extranjera o de la concesión administrativa, ¿puede invocar ante el Juez de Letras con competencia en lo Civil normas de derecho internacional, entre ellas las contenidas en el TBIs?

Creemos que en la medida en que un extranjero invoca las disposiciones del TBIs para interpretar o determinar el sentido y alcance de los contenidos del contrato o de la legalidad interna, el Juez de Letras puede aplicar dichas normas. De hecho, hemos visto que existe un deber de interpretar el ordenamiento interno de conformidad al derecho internacional. Pero el inversionista extranjero no podría alegar una obligación nueva de derecho internacional no contenida en las relaciones contractuales o de legalidad interna. Para ello tendría que haber demandado ante el Presidente de la Corte Suprema.

En realidad, en este último caso, se trataría de un problema de acumulación de acciones sometidas a competencias distintas y como tal deben primar las normas internas procesales que rigen tal problema. En caso de tratarse de reglas de competencia absoluta, entendemos que no puede haber tal cúmulo.

E. LOS TRIBUNALES DEL CIADI ANTE EL DERECHO CHILENO: ¿NECESITAN REFORMA CONSTITUCIONAL?

Aunque nos aparta algo en la línea argumental, desde la perspectiva procesal no puede dejar de tocarse el tema de los tribunales del CIADI ante el derecho chileno. En este sentido, este apartado no pretende estudiar los tribunales del CIADI, sino dar cuenta de la relación entre dichos tribunales arbitrales y los tribunales chilenos a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el fallo sobre la Corte Penal Internacional.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI– fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que entró en vigencia el 16 de octubre de 1966. Chile depositó el instrumento de ratificación del referido tratado con fecha 24 de septiembre de 1991. El CIADI es básicamente una institución administrativa que facilita la formación de tribunales arbitrales para resolver los conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros. Se trata así de un mecanismo descentralizado de solución de controversias, que carece de un órgano unificador de jurisprudencia tipo Corte de Casación.

Lo más relevante desde la perspectiva interna es que los Tribunales del CIADI conocen de acciones de daños y perjuicios, acciones de expropiación directa y en general de acciones relativas a incumplimientos de los TBIs, siempre dirigidas en contra del Estado. En consecuencia, como ya hemos demostrado, estamos frente a un sustituto de la litigación clásica de derecho administrativo interno: acciones responsabilidad del Estado, acciones de expropiación e incluso acciones declarativas y de con-

dena. Con ello, los conflictos que en estas materias tengan los inversionistas extranjeros con el Estado están por sobre los tribunales domésticos, no solo en cuanto se puede evitar demandar ante los tribunales domésticos, sino en cuanto se puede revisar una resolución judicial de un juez chileno¹³¹. Y más importante aún: estamos frente a una solución arbitral de controversias de asuntos que tradicionalmente se han considerado como no disponibles por las partes.

En este sentido, los más puristas podrían afirmar que a los tribunales del CIADI les es aplicable el mismo razonamiento que el Tribunal Constitucional aplicó a la Corte Penal Internacional en su fallo de fecha 8 de abril de 2002 (Rol N° 346). Nos referimos aquí a los considerandos 45° a 50° y 58° de la citada sentencia, en los cuales pueden reemplazarse todas las referencias a la “Corte Penal Internacional” por los “tribunales del CIADI”:

45°. Que, como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, solo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 5°, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del “Poder Judicial”. De esta manera, a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad;

46°. Que, los artículos 73 y 19, N° 3, de la Carta Fundamental, consagran expresamente a la jurisdicción en el sistema constitucional nacional. / La potestad jurisdiccional le permite a los tribunales conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado, excluyendo en el área de los conflictos sometidos a su poder cualquier injerencia de autoridad alguna, nacional o internacional, como se desprende del artículo 73 de la Constitución, en cuanto expresa “*Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”. / El deber se consagra en el inciso segundo del artículo 73, de la Carta Fundamental, que contiene la llamada regla de la inexcusabilidad, y que dice: “*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la*

¹³¹ Para tomarse en serio el significado de un tribunal arbitral respecto al sistema local de justicia, véase el siguiente considerando del caso *Selwyn* decidido en 1903 por la Comisión Británico-Venezolana: “Dentro de los límites prescritos por la convención que lo establece, las partes han creado un tribunal superior a los cortes locales”. Este considerando aparece citado y aceptado en el reciente fallo en el caso NAFTA-CNUDMI *Gami Investment Inc. v. México*, Decisión Final, 15 de noviembre de 2004, §39 (disponible en <http://www.economia-snci.gob.mx/sphp-pages/importa/sol-contr/consultoria/Casos-Mexico/Gami/escritos/GAMI-english.pdf>, última visita 18 de noviembre de 2004).

contienda o asunto sometido a su decisión”. / Siendo así, en la medida que se incluyan disposiciones de un tratado que complementen o eventualmente corrijan la situación antes descrita, deberán necesariamente incorporarse a nuestro sistema jurídico a través de una reforma a la Constitución;

48°. Que, conforme con la norma transcrita y a su claro tenor literal, la Corte Penal Internacional debiera ser uno de los tribunales exceptuados de la superintendencia de la Corte Suprema, lo que hace necesaria la adecuación de la referida disposición constitucional;

50°. Que, de las disposiciones invocadas, debe concluirse que todo conflicto en cuya solución exista un interés público comprometido queda necesariamente sometido al conocimiento y decisión de los tribunales establecidos por la ley chilena. / Por el contrario, si estamos en presencia de derechos disponibles, podrá prorrogarse la competencia entre tribunales nacionales e incluso, como se ha hecho, a tribunales internacionales o de otros países. / Las materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables por lo cual, para que Chile reconozca la jurisdicción de tribunales supranacionales deberá incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno;

58°. Que, en síntesis, el incorporar a un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, e incluirlo entre las “*autoridades que esta Constitución establece*”, en concordancia con el artículo 74, ya citado, debe necesariamente ser autorizado por el Constituyente. En consecuencia, para que la Corte Penal Internacional sea un tribunal establecido para juzgar delitos cometidos en Chile, debe incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional.

Por nuestra parte, no compartimos los razonamientos del Tribunal Constitucional, el cual se aferra a concepciones decimonónicas de la soberanía estatal, de la relación del Estado con la comunidad internacional y en especial del papel que corresponde al derecho internacional y a los tribunales que este establece en un mundo globalizado¹³². Nos alarma pensar que, en la medida que la doctrina purista del Tribunal permanezca vigente, la misma constituye una amenaza para la aceptación de los fallos arbitrales de los Tribunales del CIADI.

Pero además consideramos que la jurisprudencia citada es errónea y esperamos que la denuncia de esta equivocación sirva para salvar la validez interna de los referidos tribunales internacionales. El Tribunal Constitucional olvida que quien señala qué materias son disponibles y/o prorrogables es el legislador, y no la *naturaleza*, de modo que si se reconoce que el tratado tiene rango legal y que por ende es *lex posterioris* a las leyes

¹³² También critica el fallo en un sentido similar RUIZ TAGLE, Pablo, “Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa”, en *Revista de Derecho*, Vol. XV (diciembre 2003), pp. 186-190. Sobre el uso anacrónico del concepto de soberanía en el nuevo escenario global de los derechos humanos, *vid.* REISMAN, W. Michael, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, en *American Journal of International Law* N° 84, pp. 866 y ss. (1990).

chilenas vigentes sobre tal punto, entonces es el tratado el que prima. En otras palabras, el Tribunal Constitucional parece haberle dado rango constitucional a las normas sobre disponibilidad de los derechos y sobre prórroga de la competencia de la ley chilena. En definitiva, no puede aceptarse la tesis del Tribunal Constitucional y no puede permitirse al Estado usarla como excepción al cumplimiento interno de los fallos arbitrales alegando la inconstitucionalidad del tratado del CIADI y de los TBIs en la parte en que dan competencia a los referidos tribunales.

Finalmente, cabe formular una última cuestión relativa al cumplimiento de sentencias emanadas de tribunales del CIADI. La generalidad de los TBIs dispone que la ejecución de dichos fallos se somete a la legislación interna de los respectivos países, incluyendo los tratados que existan sobre la materia¹³³. En Chile, desde la dictación de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, parece ser que ya no es necesario recurrir a los tratados internacionales celebrados por Chile en la materia¹³⁴. Aunque algunos puedan disputar que estos casos relativos a responsabilidad del Estado sean calificados como “comerciales”, la verdad es que desde la perspectiva del inversionista privado sí lo son y de hecho la existencia misma de los TBIs se debe a que el acento está puesto precisamente en este aspecto comercial en sentido amplio: se trata de proteger “inversiones”. Esto es consistente además con el artículo 2 letra g) de la citada ley, que define comercial en sentido amplio, incluyendo específicamente el concepto “inversión” como un caso de “comercial”.

Por último, el artículo 36 N° 1 letra b) de la Ley 19.971, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, señala que: “Solo se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral cualquiera que sea el país en que se haya dictado: b) Cuando el

¹³³ Ver por ejemplo: 1) TLC Chile-USA: “Artículo 10.25.7. Cada Parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio”; 2) TBIs Chile-Ecuador. “Artículo X.5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación”; 3) TBIs Chile-Peru. “Artículo 8.5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en litigio y serán ejecutadas en conformidad con la ley interna de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión”; 4) TBIs Chile-España: “Artículo 10.5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia”; 5) TBIs Chile-Francia: “Artículo 9.6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las Partes en controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de conformidad con la legislación nacional y de acuerdo a las convenciones internacionales en la materia vigentes para ambas Partes Contratantes”; 6) TBIs Chile-Croacia: “Artículo 8.5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para ambas partes y serán ejecutadas en conformidad con las leyes de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión”; 7) TBIs Chile-UK: “Artículo 7.5. El laudo arbitral será definitivo y vinculante para ambas partes y será ejecutado en conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión”.

¹³⁴ Aparte de las reglas contenidas en la propia Convención del CIADI sobre reconocimiento y ejecución de laudos –artículos 54 y ss.–, los tratados multilaterales celebrados por Chile en relación a ejecución de sentencias arbitrales son cuatro: a) La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrado en Nueva York con fecha 10 de junio de 1958, vigente en Chile desde 1975; b) Nuestro Código Internacional de derecho internacional privado, artículos 423 a 433; c) La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre derecho Internacional Privado, vigente en Chile desde 1976; y, d) La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, vigente en Chile desde 1979.

tribunal compruebe: i) que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o, ii) Que el reconocimiento del laudo serían contrarios al orden público chileno”. De modo que, si se sigue la doctrina del Tribunal, de materias no prorrogables por *naturaleza*, entonces toda la jurisdicción del CIADI es inconstitucional y, más aún, sus fallos no son ejecutables en Chile. Pero como hemos visto, el Tribunal yerra en este punto. Si el tratado es autoejecutable –como lo es en este caso según vimos–, el mismo amplía las materias prorrogables ante el derecho chileno, porque es derecho interno chileno de la misma jerarquía que el Código Civil y el Código Orgánico de Tribunales o cualquiera otra ley pertinente. Entonces, el conflicto desaparece, y el artículo 36 N° 1 letra b) de la Ley 19.971 no representa ningún peligro para la jurisdicción de los tribunales del CIADI en la fase de ejecución de sus sentencias.

F. INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LOS TRIBUNALES CHILENOS

Finalmente, abordamos algunos de los elementos sustantivos del estatuto de la responsabilidad del Estado desde la perspectiva del inversionista extranjero en Chile. Antes que nada, es importante resumir lo que hemos dicho hasta aquí. Los tratados bilaterales de inversión son normas autoejecutables, confieren derechos y acciones nuevas a los inversionistas extranjeros y las demandas que estos interpongan son de competencia del Presidente de la Corte Suprema en virtud del artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales. El objeto pedido típico de estas demandas es la indemnización de perjuicios –al menos, típico en el sentido de cómo se han presentado hasta aquí los litigios en los tribunales del CIADI– sin perjuicio de poder pedirse también declaraciones de certeza y de condena. La causa pedida debe ser siempre la violación de alguna de las disposiciones del tratado.

Centrándonos en las acciones de daños y perjuicios –que es el tema que nos ocupa y que es la principal petición procesal en el ámbito de los TBIs, al menos hasta la fecha–, cabe señalar que la responsabilidad del Estado por violación de alguno de los preceptos de un tratado bilateral de protección de inversiones –incluyendo la obligación de no expropiar (en sentido material) sin pagar la correspondiente indemnización– es una responsabilidad de derecho internacional. Con esto queremos decir que aunque es una responsabilidad de naturaleza civil –en el sentido de no penal y no disciplinaria– no es una responsabilidad de derecho civil ni tampoco de derecho público interno. La citada naturaleza de la responsabilidad del Estado en esta sede implica que, en principio, la argumentación jurídica que le da contenido discurre de conformidad a la metodología, fuentes y precedentes del derecho internacional¹³⁵.

¹³⁵ De acuerdo al artículo 3° del reciente proyecto de codificación de la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales*, 2001, “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno” (disponible en <http://www.un.org/law/ilc/texts/State-responsibility/responsibilityfra.htm>, última visita 27 de octubre de 2004). Vid. CRAWFORD, James, *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text, and commentaries* (Cambridge University Press, New York, New York, 2002), p.

Desde la perspectiva de un eventual conflicto entre los estatutos de la responsabilidad civil del Estado conforme al derecho internacional y al derecho administrativo interno, debemos recordar lo dicho anteriormente sobre la regla *lex posteriori derogat priori*. Por una parte, la mayoría de los TBIs fueron celebrados durante la década de 1990, de modo que son posteriores a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado de 1986. Por otra, los TBIs son siempre indiscutiblemente *lex specialis* respecto a los inversionistas extranjeros de modo que no resultan derogados por *lex generalis* del derecho interno sobre responsabilidad del Estado¹³⁶. Ahora bien, esto es sin perjuicio de la facultad del Congreso para dictar una ley que termine con los efectos internos de los TBIs y someter a los inversionistas extranjeros solo al derecho doméstico en el plano interno, política que por cierto no parece lógica ni razonable. En todo caso, lo importante a destacar es que actualmente no hay conflicto real entre los TBIs y el derecho público chileno, por lo que el Presidente de la Corte Suprema no tiene necesidad de realizar ningún ejercicio complejo de armonización o de imposición del derecho chileno sobre los TBIs.

Sustantivamente, las categorías internas de falta de servicio o culpa no cumplen en principio ningún papel destacado en la imputación de un perjuicio a una actuación estatal en el derecho internacional. En efecto, los tratados definen estándares o principios cuyo cumplimiento es imperativo para el Estado y cuya violación —con o sin dolo o culpa— compromete la responsabilidad estatal. Aunque hay que ser muy cuidadoso con la terminología que se usa, la responsabilidad del Estado en el derecho internacional se

86, quien comentando el citado artículo indica que “Article 3 makes explicit a principle already implicit in article 2, namely that the characterization of a given act as internationally wrongful is independent of its characterization as lawful under the internal law of the State concerned. There are two elements to this. First, an act of a State cannot be characterized as internationally wrongful unless it constitutes a breach of an international obligation, even if it violates a provision of the State’s own law. Secondly and most importantly, a State cannot, by pleading that its conduct conforms to the provisions of its internal law, escape the characterization of that conduct as wrongful by international law. An act of a State must be characterized as internationally wrongful by international law. . .”. Más adelante, p. 89, agrega que “In addition, there are many cases where issues of internal law are relevant to the existence of or otherwise of responsibility. As already noted, in such cases it is international law which determines the scope and limits of any reference to internal law. This element is best reflected by saying, first, that the characterization of State conduct as internationally wrongful is governed by international law, and secondly by affirming that conduct which is characterized as wrongful under international law cannot be excused by reference to the legality of that conduct under internal law”. Una clara aplicación de esta afirmación en *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, ICSID Case N°. ARB(AF)/00/2, Decisión Final, 29 de mayo de 2003, §120, p. 51: “Su función [del Tribunal Arbitral] es la de examinar si la Resolución infringe el Acuerdo [TBIs] a la luz de sus disposiciones y del derecho internacional. No revisa los fundamentos o las motivaciones que condujeron a la Resolución, a los efectos de determinar si fue o no legalmente expedida o su procedencia. Pero sí debe considerar dichos aspectos para determinar si el Acuerdo fue o no violado. Que la actuación atribuible a la Demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho desde la óptica de su derecho interno no significa que lo sea bajo el Acuerdo o el derecho internacional” (fallo disponible en <http://ita.law.uvic.ca/chronological-list.htm>, última visita 26 de octubre de 2004).

¹³⁶ En este sentido, desde la perspectiva de la doctrina del fallo *Domic con Fisco* —*infra* cita 151— los TBIs podrían ser considerados como uno de aquellos casos en que la ley (el tratado), por texto expreso, adopta un sistema de responsabilidad objetiva (hipótesis de expropiaciones regulatorias y otras infracciones al tratado sin ilegalidad o falta interna).

dice ser por ello de naturaleza *objetiva*¹³⁷: solo se requiere la violación de una norma internacional¹³⁸. Esto es por cierto sin perjuicio de que producto de la compleja situación del derecho aplicable en estos conflictos –una amalgama entre el derecho internacional y el derecho interno, de conformidad a las normas de conflicto de leyes del primero– las ilegalidades domésticas sí sean relevantes para efectos de determinar la existencia de un ilícito internacional conforme al derecho internacional.

En general, la responsabilidad del Estado en conflictos con inversionistas extranjeros –incluyendo la que se deriva de una expropiación material sin el pago de la necesaria indemnización– surge más bien a propósito de la actividad administrativa de policía o de reglamentación que de la actividad de servicio público en sentido estricto. Como aquí no podemos cubrir todos los principios de los TBIs, nos concentraremos en uno de ellos que es particularmente relevante desde esta perspectiva: las expropiaciones indirectas y entre ellas las expropiaciones regulatorias¹³⁹. Las expropiaciones regulatorias son el resultado de una actividad normativa lícita que, *de facto*, resulta afectar la esencia del

¹³⁷ Distinto a lo que entre nosotros muchas veces se llama responsabilidad objetiva, que no exige acto ilegal, sino solo daño y vínculo causal (incluida imputación). Adicionalmente, en Chile la culpa civil constituye un estándar objetivo, lo cual también llama a ser cuidadoso con la nomenclatura.

¹³⁸ Vid. BROWNLIE, Ian, *System of the Law of Nations. State Responsibility*. Part I, Clarendon Press-Oxford, New York, New York, 1983, pp. 38-52. Ver también CRAWFORD, James y OLLESON, Simon, “The nature and forms of international responsibility” en EVANS, Malcolm D., *International Law* (Oxford University Press, New York, New York, 2003), pp. 458-460, y BROWNLIE, *supra* nota 8, pp. 423-430.

¹³⁹ En términos generales, en el derecho internacional, *indirect expropriations* constituye el género. Dos de las principales especies, no totalmente excluyentes la una de la otra, son: i) las llamadas *creeping expropriations*, esto es, expropiaciones graduales o de efecto “acumulativo” que se producen como consecuencia de una serie sucesiva de actos separados donde cada uno de ellos no es expropiatorio individualmente considerado; y, ii) las llamadas *consequential expropriations*, que corresponden a un concepto material de expropiación que no envuelve ningún requisito de intencionalidad y que esencialmente centra la atención en el fracaso del Estado en establecer un sistema legal, regulatorio y administrativo de características acordes a los principios establecidos en los BITs. Ambas figuras, más la protección genérica en los TBIs frente a “cualquier otra medida de características o efectos similares [a una expropiación]” determinan que los inversionistas extranjeros se encuentren protegidos frente a las llamadas entre nosotros –siguiendo la doctrina y jurisprudencia norteamericana– expropiaciones regulatorias (sin perjuicio que, como ya dijimos, el contorno de esta figura no es nada clara en el derecho internacional). Vid. algunos de los artículos más relevantes sobre este tópico: CHRISTIE, G.C., “What constitutes a taking of property under international law?”, en *British Yearbook of International Law* N° 38, pp. 307 y ss. (1962); BURNS H. WESTON, “‘Constructive takings’ under international law: A modest foray into the problem of creeping expropriation”, en *Virginia Journal of International Law* N° 16, pp. 103 y ss. (1975); ROSALYN HIGGINS, “The taking of property by the State: recent developments in international law”, en *Recueil des Cours* N° 176, 1982-III, pp. 259 y ss. (1983); DOLZER, Rudolf, “Indirect Expropriation of Alien Property”, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* N° 1, pp. 41 y ss. (1986); GEORGE H. ALDRICH, “What constitutes a compensable taking of property? The decisions of the Iran-United States Claims Tribunal”, en *American Journal of International Law* N° 88, pp. 585 y ss. (1994); Thomas Waelde y Abba Kolo, “Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory takings’ in international law”, en *International and Comparative Law Quarterly* N° 50, pp. 811 y ss. (2001); RUDOLF DOLZER, “Indirect Expropriations: New Developments?”, en *New York University Environmental Law Journal* N° 11, pp. 64 y ss. (2002-2003); DOLZER, Rudolf y BLOCH, Feliz, “Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?”, en *International Law Forum du Droit International* N° 5-3, pp. 155 y ss. (2003); y, REISMAN W. Michael y SLOANE, Robert D. “Indirect Expropriation and its valuation in the BIT generation”, por publicar en próximo número del *British Yearbook of International Law*.

derecho de propiedad regulado. En ellas, a pesar de la buena fe del regulador y de la generalidad y abstracción de la medida, el inversionista puede ser severamente limitado en su inversión y resultar expropiado en los hechos. La limitación al dominio –no indemnizable en principio– es en este caso demasiado severa, ha ido demasiado lejos, produciendo un efecto equivalente al de la expropiación¹⁴⁰. En cuanto a los hechos que lo componen, un caso típico de expropiación regulatoria entre nosotros es *Comunidad Galletué con Fisco*¹⁴¹.

Como consecuencia de las normas contenidas en los TBIs, los inversionistas extranjeros gozan de protección patrimonial frente a expropiaciones indirectas –en los términos y límites que establece el derecho internacional– y, por ende, se encuentran resguardados en principio frente a lesiones producidas por actividad lícita o sin falta del Estado. Esto no quiere decir exactamente que el inversionista extranjero goce de un estatuto de responsabilidad objetiva “pura” del Estado. Pero sí que frente al ejercicio de potestades de policía o regulatorias puede reclamar daños y perjuicios en casos o hipótesis que corresponden en nuestro derecho interno a responsabilidad sin falta. La aplicación de los demás principios contenidos en los TBIs puede llevar a situaciones equivalentes a la anteriormente descrita.

En definitiva, el estatuto sustantivo de expropiación-responsabilidad del Estado que los inversionistas extranjeros pueden exigir frente a los tribunales chilenos es sustancialmente superior al estatuto que el derecho administrativo interno ofrece a los administrados chilenos según lo define la última jurisprudencia de la Corte Suprema. Esta superioridad se debe esencialmente a que la protección frente a expropiaciones regulatorias constituye un elemento no accesorio sino principal no solo para compañías que se desenvuelven en mercados regulados, sino también para todos aquellos que son objeto de la cada día más intensiva regulación estatal (por ejemplo, en el plano ambiental).

III. EXPROPIACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SU DOBLE ESTATUTO EN EL DERECHO INTERNO CHILENO: ¿DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LOS ADMINISTRADOS CHILENOS?

En los capítulos anteriores hemos demostrado que los TBIs forman parte del derecho interno aplicable por los tribunales chilenos y que dicha situación determina que los inversionistas extranjeros puedan invocar un estatuto de responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. Como consecuencia, el sistema chileno actualmente cuenta con dos estatutos de expropiación-responsabilidad del Estado: uno para los inversionistas extranjeros y otro para los administrados chilenos.

En este capítulo volvemos la mirada al derecho doméstico para enfrentar la pregunta sobre la discriminación en contra de quienes no califiquen como inversionistas

¹⁴⁰ Ver el tratamiento clásico de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *supra* nota 108, pp. 240-249. En inglés, por todos, *vid.* FISCHER, William, *Regulatory takings: law, economics, and policy* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995) y EAGLE, Steven J., *Regulatory Takings* (Lexis Publishing, 2001).

¹⁴¹ *Comunidad Galletué con Fisco*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXI, 2ª Parte, Sección 1ª, pp. 117 ss. (1984).

extranjeros. Dada la estrecha definición legal de expropiación y la exigencia de falta de servicio para la procedencia de la responsabilidad del Estado según la última jurisprudencia de la Corte Suprema, las expropiaciones regulatorias están actualmente en tierra de nadie para los administrados chilenos.

Con ello, existe actualmente un enorme ámbito de la actividad de la Administración –como lo es la actividad de policía o reglamentación– en el que los inversionistas extranjeros pueden reclamar daños y perjuicios en situaciones en que los administrados chilenos –sujetos al derecho administrativo interno– no pueden. A nuestro juicio, esta situación constituye una desigualdad ante la ley no permitida por la Constitución que requiere ser remediada urgentemente vía la revisión de la doctrina y jurisprudencia sobre expropiaciones materiales y responsabilidad del Estado sin falta que rige actualmente a los chilenos.

Antes una advertencia. La discriminación que denunciamos aquí es prohibida por nuestra Constitución y no por el derecho internacional. De conformidad a este último, es perfectamente válido que los extranjeros sean sometidos a un tratamiento más favorable que aquel que rige a los locales. De hecho, cada vez que el derecho interno otorga un tratamiento inferior al mínimo establecido por el derecho internacional, este exige un tratamiento diferenciado y superior para los extranjeros¹⁴². De modo que, aceptado plenamente por nosotros el nivel otorgado a los extranjeros ante el derecho internacional, lo que aquí postulamos es que nuestra Constitución prohíbe la discriminación de los chilenos. Esto significa que los chilenos deben ser “mejorados” y recibir un trato sustancialmente equivalente al de los extranjeros.

A. EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO Y SUS DOS INSTITUCIONES OPERATIVAS: LA EXPROPIACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD

La Constitución garantiza el derecho de propiedad y con ello la integridad del patrimonio. Dos instituciones contempla la propia Carta Fundamental para hacer efectiva dicha protección: la expropiación previo pago del justo precio –artículo 19 N° 24– y la responsabilidad del Estado –artículos 6°, 7°, 19 N° 7 letra i), y 41 N° 8–. Con ello nuestro sistema jurídico ha adoptado dos instituciones que son universales, esto es, que forman parte del acervo jurídico común del mundo occidental.

Desde una perspectiva dogmática, no hay una línea precisa emanada de la *naturaleza jurídica* que pueda formularse para distinguir entre expropiación y responsabilidad, por lo que tal diferenciación depende de la definición positiva que concrete el legislador. Por lo mismo, en la medida en que ambas figuras permitan recuperar *todos* los daños sufridos y en que ambas sean procesalmente equivalentes, poco importa cuál de

¹⁴² Vid. *Gami Investment Inc. v. Mexico*, supra nota 131, §38 y *S.D. Myers v. Government of Canada*, Decisión Final Parcial, de 13 de noviembre de 2002, §260. En ambos casos se acepta este principio que fue tempranamente acogido por la Comisión Estados Unidos-México en el caso *Hopkins* (1926) (*The USA on behalf of George W. Hopkins v. The United Mexican States*, *American Journal of International Law* N° 21, pp. 166-167 (1926)).

los dos caminos sea el elegido para recuperar los perjuicios¹⁴³. Lo único relevante desde un punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad es que ambas instituciones cubran todo el espectro de lesiones patrimoniales injustas o antijurídicas. Esto es, que no queden casos o hipótesis intermedias fuera del alcance de una y otra.

Por sus particulares características, las llamadas expropiaciones regulatorias constituyen una situación normativa que está a medio camino entre las hipótesis clásicas de expropiación y de responsabilidad del Estado. Así, en países como Estados Unidos, en los que la responsabilidad del Estado es extraordinariamente excepcional¹⁴⁴, la jurisprudencia ha desarrollado un concepto más o menos amplio de expropiaciones regulatorias. Por el contrario, en un país como Francia en los que la responsabilidad sin falta cubre los casos en los que se produce una infracción a la igualdad en la repartición de las cargas públicas, el concepto de expropiación regulatoria no es en general necesario¹⁴⁵. Lo mismo puede decirse de España, donde la expropiación está también definida en términos estrictos y la responsabilidad en forma amplia¹⁴⁶.

De manera que al compararse el estatuto de las expropiaciones regulatorias en los TBIs y en el derecho interno necesariamente debe mirarse en forma simultánea los estatutos de la expropiación y de la responsabilidad. Por ello, para demostrar una discriminación arbitraria es necesario probar primero que los administrados chilenos no están protegidos ni en base a la expropiación ni en base a la responsabilidad en aquellos casos en que el inversionista extranjero sí puede alegar exitosamente una expropiación regulatoria.

B. ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA EXPROPIACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNO

Partiendo por la expropiación, nuestro ordenamiento parece inclinarse por una concepción restrictiva del concepto de expropiación. Pero en nuestra opinión esto es

¹⁴³ En el caso de la expropiación, el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución exige el pago del “daño patrimonial efectivamente causado”. En la medida que se interprete apropiadamente dicha norma como comprensiva de daño emergente y lucro cesante, es decir solo excluyente del daño moral, entonces en las reclamaciones provenientes de actividades económicas debiera resultar indiferente la equiparación entre expropiación y responsabilidad (al menos en un número significativo de los casos). Pero mientras los tribunales sigan acogiendo la tesis equivocada de creer que el lucro cesante no es daño efectivo, los afectados tenderán a preferir siempre la responsabilidad sobre la expropiación.

¹⁴⁴ Vid. MASHAW Jerry L. (et. al.), *Administrative Law. The American Public Law System. Cases and materials* (West Group, Saint Paul, Minnesota, 2003), pp. 1087 y ss.

¹⁴⁵ Vid. CHAPUS, *supra* nota 112, pp. 1335 y ss, y T. II, pp. 464, 567-568. Las expropiaciones indirectas en Francia –también llamadas de hecho– se aplican a casos más cercanos a la expropiación clásica que a las expropiaciones regulatorias, por ejemplo: 1) la expropiación que resulta sobre un predio colindante producto de una delimitación errónea de un río o lago (p. 464); 2) misma situación para el caso de obras públicas construidas sobre terreno privado como consecuencia del principio de la intangibilidad de dichas obras (pp. 567-571). Es más, recientemente la Corte de Casación puso fin a la teoría de la expropiación indirecta al impedir que el procedimiento expropiatorio pudiera ser eludido por la Administración. Según explica CHAPUS, T. II, p. 702, “C’est pour que l’obligation de suivre cette procédure ne puisse pas être éludée que la Cour de cassation a . . . mis fin, par son arrêt du 6 janvier 1994, à l’application de la théorie de l’expropriation indirecte : désormais, les tribunaux judiciaires n’accepteront plus de reconnaître un transfert forcé de propriété si una “procédure régulière d’expropriation” n’a pas été mise en œuvre”.

¹⁴⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *supra* nota 108, pp. 357-359.

resultado de la obra del legislador y no del constituyente. La Constitución garantiza en el artículo 19 N° 24 inciso 3° que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación”. Si la Constitución admite la privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio como expropiación, una limitación excesiva que afecte cualquiera de dichos atributos es una privación para los efectos del artículo 19 N° 24. En otras palabras, el concepto de privación debe ser interpretado en un sentido sustantivo, pues de lo contrario la figura de la expropiación estaría a merced del *etiquetado* que decida usar la Administración, lo que constituiría un vaciamiento de significado de la Constitución¹⁴⁷. Asimismo, el hecho que la propia Carta establezca que “el expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios” no significa que se restrinja la definición de expropiación exclusivamente a los actos singulares etiquetados como expropiatorios por la Administración. En este sentido, un reglamento que priva de derechos debe considerarse un “acto expropiatorio” en el sentido del artículo 19 N° 24.

El problema se presenta entonces a nivel legal. A diferencia de la Constitución, el Decreto Ley 2186 de 1978 adopta una posición formal en la cual resulta difícil concebir una expropiación al margen del procedimiento definido en la misma¹⁴⁸. No parece posible usar el procedimiento y las acciones establecidas en el referido cuerpo legal para atacar ya sea un acto no singular o un acto no etiquetado como expropiatorio por la propia Administración. La pregunta medular es entonces si el Decreto Ley 2186 agota el desarrollo normativo del artículo 19 N° 24 de la Constitución, o si por el contrario es posible aplicar directamente la norma constitucional al margen del procedimiento legal creado para tales efectos.

Por aplicación directa entendemos una demanda en juicio ordinario que busque contrastar directamente el acto impugnado –acto singular o general, incluyendo actos no etiquetados como expropiatorios por la Administración– y el artículo 19 N° 24 de la Constitución, a efectos que se declare que el acto impugnado constituye materialmente una expropiación y que en consecuencia corresponde o su anulación o la condena a la Administración al pago del daño patrimonial efectivamente causado¹⁴⁹. A este respecto, consideramos que no puede argumentarse que una norma legal agote el contenido nor-

¹⁴⁷ Así para reconocerlo el Tribunal Constitucional. Ver la sentencia de fecha 21 de agosto de 2001, Rol 334, considerando 19° (caso *rentas vitalicias*), en la que afirma que: “No está de más precisar que solo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, *sino también cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados, como ocurre en este caso*” (énfasis agregado).

¹⁴⁸ El artículo 1° del Decreto Ley 2186 dispone que “toda expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, cualquiera que sea la ley que la autorice o la institución que la decreta, se sujetará al procedimiento establecido en el presente decreto”.

¹⁴⁹ Piénsese por ejemplo, en el contexto de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2 de diciembre de 1996, Rol 245, cómo debiera haberse procedido en la práctica frente a la fijación de vías de acceso a las playas de lagos y ríos en caso que el Tribunal no hubiese realizado control preventivo de constitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales.

mativo de la Constitución cuando dicho contenido constitucional manifiestamente excede los límites de la norma legal que la desarrolla. No se trata que el Decreto Ley 2186 sea por ello inconstitucional, sino que dicho cuerpo legal debe aplicarse única y exclusivamente a las hipótesis definidas en él, debiendo en todo caso permitirse la aplicación directa de la Constitución a situaciones expropiatorias que no encuadran en los procedimientos y definiciones del citado decreto ley.

Aunque no conocemos doctrina ni jurisprudencia que se manifiesten en este sentido, afirmamos entonces la vigencia de un concepto material amplio de expropiación en la Constitución chilena. Ahora bien, dado que esta no es ni la teoría ni la práctica de los tribunales en Chile no podemos considerar este camino como una solución real y efectiva en el actual estado de desarrollo de nuestro sistema jurídico. Por el contrario, dada la prevaleciente consideración de la expropiación como el resultado de un acto singular destinado a privar del dominio a los particulares, el análisis de la otra cara de la moneda, esto es, de la responsabilidad del Estado, debe hacerse aquí –para efectos prácticos– descartando la posibilidad que una expropiación regulatoria pueda discutirse como una expropiación en Chile. En todo caso, la posibilidad de avanzar en la dirección señalada existe, y es solo cosa de tiempo para ver si nuestros tribunales abrirán o cerrarán definitivamente esta puerta.

Por su parte, la historia del derecho de la responsabilidad del Estado ha tenido un giro radical en los últimos años en Chile. Primero vivíamos una situación de falta de responsabilidad por no existir tribunales competentes para conocer de estas reclamaciones. Luego pasamos a un sistema de responsabilidad objetiva “puro”, defendido principalmente por Eduardo Soto Kloss¹⁵⁰. Hace poco, en mayo de 2002, una sala de la Corte Suprema decidió que la responsabilidad es solo por falta de servicio salvo texto expreso legal en sentido contrario. Según intentaremos demostrar en este acápite –y sin defender la tesis de un sistema de responsabilidad objetivo puro de rango constitucional basado en una *huida a las cláusulas generales*– sí creemos que la nueva realidad jurisprudencial no se ajusta al texto constitucional por al menos tres motivos: primero, porque viola el principio de la igualdad ante las cargas públicas; segundo, porque es discriminatoria para con los administrados chilenos en el contexto de los TBIs celebrados con Chile en favor de inversionistas extranjeros; y, tercero, porque descarta el uso de principios generales del derecho que también protegen la integridad patrimonial como el caso de la *confianza legítima*¹⁵¹. Nue-

¹⁵⁰ Vid. SOTO KLOSS, Eduardo, “El principio extracontractual del estado administrador: un principio general del derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público* N° 21/22, pp. 149 y ss (1977); SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad pública: un retorno a la idea clásica de la restitución”, en *Revista de Derecho Público* N° 27, pp. 133 y ss (1980); EL MISMO, “La protección de los derechos de las personas frente a la administración en la constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 28, N° 2, pp. 281 y ss (2001); EL MISMO, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, T. II, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1996, pp. 307 y ss. Vid. también, FIAMMA OLIVARES, Gustavo “La acción de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 2, pp. 429 y ss. (1989).

¹⁵¹ Vid. GARCÍA LUENGO, Javier, *El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002. En un mundo hiperregulado, el principio de la confianza legítima tiene un papel principal en la protección de los administrados, especialmente en situaciones en las que técnicamente no hay derechos adquiridos.

tra propuesta llama entonces no solo a adoptar un concepto de expropiación material en los términos recientemente indicados, sino en paralelo, a revisar la solución adoptada por la Corte en materia de responsabilidad durante el año 2002, todo ello con el fin de cubrir la tierra de nadie que se ha producido en nuestro sistema.

De modo que hasta hace poco la cuestión de discriminación que planteamos no era problemática desde la perspectiva de la igualdad ante la ley porque los tribunales afirmaban más o menos sistemáticamente que la responsabilidad del Estado era objetiva. Con ello el espectro de situaciones lesivas quedaba cubierto con un concepto restrictivo de expropiación y con un concepto expansivo de responsabilidad del Estado (algo parecido a la solución española). La prueba de ello es que el citado caso *Comunidad Galletué con Fisco* reinaba entre nosotros. En tal sentido, los habitantes de la República estaban plenamente resguardados en su patrimonio en relación tanto a actividades lícitas como ilícitas de la Administración.

Pero en mayo de 2002, la Corte Suprema dio un golpe de timón a la jurisprudencia sobre la materia. En el caso *Domic con Fisco* afirmó que la responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico chileno era exclusivamente por falta de servicio y solo ante texto legal expreso podía proceder una responsabilidad sin falta u objetiva¹⁵². En nuestra opinión el referido fallo acierta y equivoca al mismo tiempo. Compartimos la tesis básica que la Constitución no establece un sistema de responsabilidad objetiva, sino que, como en la mayoría de las materias en ellas tratadas, su desarrollo normativo está entregado al legislador¹⁵³. Y el legislador, en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ha establecido un sistema básico de responsabilidad por falta de servicio. Pero lo que el fallo olvida es que la Constitución establece en el artículo 19 N° 20 el principio de la “igual repartición en las demás cargas públicas” (“demás” en el sentido de adicionales a la igualdad en la repartición de los tributos) y en el artículo 38 inciso 2° la protección frente a “lesiones”. También olvida la existencia de principios generales del derecho que garantizan la integridad patrimonial, como lo es principalmente la *confianza legítima*. Traer a colación estos límites no representa una *huida a las cláusulas generales*, sino la obligación de integrar todos los elementos del ordenamiento a la hora de definir un estatuto tan medular como lo es el de la responsabilidad del Estado.

Nuestro sistema de responsabilidad está tomado de Francia, donde la base fundamental de la responsabilidad es la falta de servicio, pero donde también impera el principio de igual repartición de las cargas públicas¹⁵⁴. En virtud de este principio, el Consejo de Estado se ha mantenido permanentemente abierto a aplicar justicia y a condenar a la Administración al pago de indemnización cuando la actuación de un órgano estatal, a pesar de ser lícita o sin falta, causa un daño antijurídico a un determi-

¹⁵² *Domic con Fisco*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XCIX, 2ª Parte, Sección 1ª, pp. 95 y ss (2002). Aunque parece ser que, en una redacción algo críptica, el considerando 11° deja alguna esperanza que la responsabilidad del Estado pueda fundarse en una violación al principio de igualdad.

¹⁵³ En este sentido, nos oponemos a la *huida a las cláusulas generales*.

¹⁵⁴ *Vid.* CHAPUS, *supra* nota 112, pp. 1335 y ss., AUBY, *supra* nota 112, p. 86, y BROWN, L. Neville y BELL, John S., *French Administrative Law* (Clarendon Press, New York, New York, 5ª ed., 1998), pp. 193-202.

nado privado en forma desigual (sacrificio especial, riesgo excesivo, etc.). Por lo mismo, a pesar que aceptamos la premisa del fallo criticado, no compartimos el acento excesivo que formula en relación a la necesidad de contar con texto expreso legal, toda vez que la propia Constitución establece principios que constituyen una excepción a la norma formulada por el sentenciador. Lo mismo puede decirse respecto de dicha restricción a la aplicación de un principio general del derecho como la protección de la confianza legítima, cuyo campo de acción es precisamente cambios de circunstancias que vulneran la necesidad de seguridad y estabilidad de los privados.

Volviendo a la visión conjunta de expropiación y responsabilidad, podemos señalar que, dada la prevalencia *de facto* de un concepto de expropiación formal-estricto (no material)¹⁵⁵, debe concluirse que el estado actual de la cuestión post *Domic con Fisco* es claro: los chilenos solo vemos protegido nuestro patrimonio frente a la Administración en caso de expropiaciones estrictas y en caso de responsabilidad por falta de servicio, pero no así en casos de regulaciones expropiatorias. En cambio, los inversionistas extranjeros tienen protección frente a expropiaciones directas e indirectas, incluyendo expropiaciones regulatorias que constituyen hipótesis de responsabilidad sin falta.

C. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN FAVOR DE LOS EXTRANJEROS

Los inversionistas extranjeros tienen mejores derechos y acciones que los chilenos en relación con la protección de su patrimonio respecto a los daños sufridos por actividad lícita del Estado. ¿Es esto razonable desde la perspectiva del ordenamiento interno? Y más precisamente, ¿es esto conforme con el principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución que asegura “la igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados”? En nuestro concepto no lo es. Esta situación exige entonces nivelar el campo de juego hacia arriba en favor de los chilenos y en ningún caso nivelarlo hacia abajo en perjuicio de los inversionistas extranjeros. Con esto creemos que el derecho internacional debe ser una instancia e instrumento de mejoramiento de nuestro derecho público interno.

En el contexto del Decreto Ley 600 de 1974, tradicionalmente se ha considerado que la discriminación positiva en favor de los extranjeros tiene un fundamento razonable que lo hace en consecuencia no arbitrario. Así por ejemplo, Mayorga y Montt afirman que “el fundamento de estos derechos especiales, que nosotros consideramos que constituyen una situación de discriminación positiva, radica en la necesidad del país de atraer recursos extranjeros, los cuales, por ese mismo hecho, no pertenecen a agentes económicos chilenos”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Decimos aquí “prevalencia de facto”, pues, como demostramos, nuestra Constitución adopta un concepto material de expropiación, por lo que existe un camino abierto para contrastar directamente los actos materialmente expropiatorios con la Constitución.

¹⁵⁶ MAYORGA, Roberto y MONTT, Luis, *Foreign Investment in Chile*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht (Holanda, 1995), p. 76 (“The rationale for such special rights, which we consider to be positive discrimination, lies in the need to the country to attract foreign resources which, by the same token, do not belong to Chilean economic agents”).

Como punto de partida tenemos que señalar que compartimos plenamente la afirmación anterior. Resulta indudable que la necesidad de atraer inversión extranjera, elemento esencial para el desarrollo del país, ha requerido –sobre todo en el pasado– establecer situaciones atractivas y convenientes para los inversionistas extranjeros. Pero enseguida, creemos que es muy distinto otorgar una serie de derechos específicos favorables a los inversionistas extranjeros –tales como invariabilidad tributaria por un período de tiempo, derecho de acceso al mercado cambiario formal, etc.– a otorgar a los mismos un estatuto de expropiación-responsabilidad del Estado sustancialmente más favorable que aquel que protege a los chilenos.

Consideramos así que hay una diferencia más que cuantitativa entre los dos casos de diferenciación entre chilenos y extranjeros: en el caso del Decreto Ley 600 la diferencia es razonable; en el caso de la expropiación-responsabilidad del Estado, no lo es. La Constitución establece un criterio tope a los beneficios que puedan darse a los inversionistas extranjeros: estos no pueden llegar a ser un grupo privilegiado en el territorio nacional.

Los extranjeros gozan de derecho a indemnización en hipótesis de expropiaciones materiales o de responsabilidad sin falta (objetiva), en los cuales los chilenos deben sufrir los perjuicios individualmente. La misma *Comunidad Galletué* en la actualidad, si estuviere constituida por inversionistas extranjeros, podría obtener la indemnización de perjuicios por la prohibición de corte de las araucarias, pero si estuviere formada por chilenos, no. Claramente la situación presente de la jurisprudencia está produciendo un resultado inconstitucional. La protección del patrimonio –integrada por la expropiación y la responsabilidad del Estado– es uno de los principios fundamentales del Estado de derecho y establecer dos estatutos distintos en una materia tan sustancial en la arquitectura estatal es una violación al texto fundamental¹⁵⁷.

D. NUESTRA PROPUESTA: REVISAR LAS BASES DE LA EXPROPIACIÓN Y DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y NIVELAR A LOS CHILENOS HACIA ARRIBA

Nuestra solución ya la hemos mencionado. Creemos que no es posible ni conveniente alterar el sistema de los TBIs. Los TBIs reflejan el nuevo estándar internacional de protección patrimonial. De hecho, no pocos consideran que los TBIs constituyen la prueba y reflejo del derecho internacional consuetudinario sobre la materia. De forma que no solo es imposible cambiar el contenido de un acuerdo bilateral obligatorio para Chile en el plano internacional –los inversionistas extranjeros podrán siempre llevar sus disputas a los tribunales del CIADI–, sino que el contenido de dichos tratados es perfectamente razonable y apropiado para los inversionistas extranjeros por lo que no hay razón para abrogarlo en el plano interno. Es entonces el derecho administrativo interno el que se muestra en exceso pobre y falto de mecanismos protectores en favor de los chilenos.

¹⁵⁷ Curiosamente, el propio fallo *Domic con Fisco* –*supra* nota 152– reconoce esta condición de la responsabilidad del Estado. En su considerando 5° afirma que “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo” (énfasis agregado).

En vista de lo anterior, lo que debe hacerse es otorgar un grado de protección equivalente a los inversionistas extranjeros y a los habitantes de la República. Insistimos en este punto: lo que nos parece inaceptable no es que un inversionista extranjero esté bien protegido frente a las actuaciones lícitas e ilícitas del Estado, sino que un administrado nacional no lo esté. El aspecto procesal, esto es, la acción directa ante la Corte Suprema puede subsistir como discriminación positiva en favor de un inversionista extranjero, pero no el distinto estatuto de expropiación-responsabilidad en su dimensión sustantiva. Si el derecho internacional otorga más que el derecho chileno, entonces el derecho chileno debe modificarse e igualar al primero, sobre todo cuando se trata de creaciones meramente jurisprudenciales construidas frente a textos legales más o menos ambiguos.

Consideramos entonces que el campo de juego debe nivelarse hacia arriba, y que el patrimonio de los chilenos debe estar protegido en condiciones sustantivas equivalentes al de los inversionistas extranjeros, en particular frente a hipótesis de actuación lícita de la Administración. Con ello creemos que tanto la definición formal de expropiación como la dureza e inflexibilidad del fallo *Domic con Fisco* deben ser revisados. No necesariamente para volver al esquema de expropiación estricta-responsabilidad objetiva “pura” que dominada hasta el 2002, sino para reconocer que la Constitución reconoce una concepción material de expropiación y que, en el ámbito de la responsabilidad, la excepción legal expresa no puede ser la única hipótesis de la responsabilidad sin falta¹⁵⁸. La nueva doctrina de la protección del patrimonio que resulte de esta revisión debe incorporar necesariamente el tratamiento de las expropiaciones indirectas en los TBIs y en el derecho internacional, los artículos 19 N° 20 y 38 de la Constitución y principios generales del derecho como el de la protección de la confianza legítima.

CONCLUSIONES: HACIA UNA GLOBALIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Paradójicamente, este artículo surgió a propósito de una investigación más general en la cual perseguimos dos objetivos: uno, establecer las bases y condiciones del uso del derecho administrativo interno por los tribunales del CIADI, situación que puede producirse cuando dichos tribunales tienen que revisar la legalidad interna de los actos fundantes de la responsabilidad del Estado; y dos, la creación de una especie de derecho administrativo internacional en virtud del cual se establecen en esa misma sede nuevas obligaciones formales y sustanciales para los Estados (adicionales al derecho administra-

¹⁵⁸ Simpatizamos con las tesis de OELCKERS CAMUS, Osvaldo. *Vid.* OELCKERS CAMUS, Osvaldo, “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”, en *Revista de Derecho Público* N° 37/38, pp. 365 y ss (1985); EL MISMO, “La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 2, pp. 441 y ss. (1989); EL MISMO, “La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Administrador. La Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, pp. 345 y ss. (1998).

tivo interno). Esto demuestra que la globalización tiene un doble carácter: por una parte, las realidades nacionales deben ser incorporadas en las soluciones internacionales, y por la otra, las soluciones internacionales deben ser incorporadas en las realidades locales. Tribunales internacionales van a tener que aplicar derecho doméstico y tribunales internos van a tener que aplicar derecho internacional.

La internacionalización del derecho nos obliga a hacernos cargo de problemas nuevos que hasta aquí ni siquiera visualizábamos. En vista que es del todo inaceptable que los inversionistas extranjeros sean constituidos como un grupo privilegiado al interior del territorio de la República, el mundo globalizado que se refleja en los treinta y siete TBIs celebrados por Chile exige revisar nuestros postulados internos sobre expropiación y responsabilidad del Estado. La globalización agrega de esta manera un nuevo argumento contra el sistema actual de protección patrimonial basado en expropiación estricta y responsabilidad *solo* por falta de servicio. Si originalmente la Constitución y los principios generales del derecho prohibían el sistema instaurado por *Domic con Fisco*, ahora la realidad de los tratados bilaterales de protección de inversiones –que forman parte de nuestro derecho interno– hacen simplemente insostenible esta tesis por vulnerar la igualdad ante la ley.

Tenemos el deber de uniformar nuestro derecho interno con el derecho internacional. El derecho internacional debe servirnos para perfeccionar nuestro ordenamiento. Y el hecho que el derecho internacional no proteja *en principio* a los nacionales frente a su propio Estado no puede servir de excusa para dar un trato discriminatorio en perjuicio de nuestros propios conciudadanos. En este sentido, creemos que nuestro argumento de discriminación es válido incluso para el caso en que no se aceptase que los TBIs son tratados *self-executing* que otorgan derechos y acciones a los inversionistas extranjeros; nos parece que el solo hecho que los inversionistas puedan verse protegidos de ciertas hipótesis de expropiación material y/o responsabilidad sin falta en los tribunales del CIADI es ya motivo suficiente para fundar la discriminación denunciada. Pero por cierto que el argumento es muchísimo más fuerte si la citada protección la reciben los inversionistas extranjeros de parte de nuestros propios tribunales.

La globalización no es una mera etiqueta ideológica¹⁵⁹. Con ella el derecho internacional está cumpliendo un rol estelar, cuyas consecuencias recién estamos empezando a dilucidar. Si el siglo XX vivió la *constitucionalización* del derecho, el siglo XXI está empezando a presenciar la *internacionalización* del derecho. Esto significa que tenemos que repensar el papel del derecho y de nuestros Tribunales en este nuevo escenario. Desde esta perspectiva, consideramos que no solo es legalmente procedente que el Presidente de la Corte Suprema conozca de los conflictos en cuestión vía este nuevo *super* recurso de protección basado en el artículo 53 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales, sino que además es conveniente para el Poder Judicial, los inversionistas extranjeros, los abogados chilenos y lo más importante, la cultura jurídica chilena. Para el Poder Judicial

¹⁵⁹ Entre nosotros, *vid.* el análisis que hace FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, pp. 45 y ss (1998).

por cuanto el mismo retiene su jurisdicción *natural* para juzgar al Estado y le permite desarrollar una jurisprudencia uniforme sobre responsabilidad del Estado en diálogo con los distintos sistemas imperantes en la actualidad; para los inversionistas extranjeros, porque les otorga una alternativa más en su elección de tribunal –*forum shopping*, como dicen los anglosajones–; y, para los abogados chilenos, porque les permite litigar casos que de otra forma serían presumiblemente vistos por abogados extranjeros.

Pero, lo más importante, es que el desarrollo de esta competencia del Presidente de la Corte Suprema sobre casos de derecho internacional va a llegar a tener el mismo efecto que tuvo la creación del recurso de protección en 1976 y la reforma constitucional de 1989 –en cuanto dio plena jurisdicción a los tribunales ordinarios sobre materias contencioso-administrativas– sobre el derecho administrativo: la transformación de un derecho esencialmente académico y reservado a unos pocos, en un derecho verdaderamente operativo y real ante los tribunales. La existencia de esta competencia del Presidente de la Corte Suprema nos va a permitir tomarnos en serio y pensar la realidad de la globalización y del derecho internacional y el rol que en ella nos corresponde como país y como sistema normativo y judicial.

En definitiva, en este artículo, creemos haber demostrado cómo disciplinas consideradas esencialmente nacionales como el derecho administrativo interno están siendo profundamente afectadas por este fenómeno. Esperamos que el mismo pueda servir de inspiración para muchos otros en todos los demás campos del derecho que también están experimentando la misma –o incluso mayor– *fertilización-cruzada*. La *internacionalización* del derecho exige adoptar una posición dialéctica, en la cual los tribunales domésticos, extranjeros e internacionales dialoguen unos con otros, y se hagan cargo de las distintas realidades normativas que imponen unos sistemas sobre otros. Si la globalización produce desigualdades –como muchos alegan–, es tiempo de empezar a trabajar para superarlas.

Fecha de recepción: 19 de noviembre de 2004
Fecha de aceptación: 27 de enero de 2005
