



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

EXPROPIACIÓN REGULATORIA:
TRATAMIENTO DIFERENCIADO ENTRE
ADMINISTRADO NACIONAL Y ADMINISTRADO EXTRANJERO

Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

CAROLINA PATRICIA CARDEMIL SAAVEDRA.
DANIEL ISAAC GARCÉS PAREDES.

Profesor Guía: Luis Cordero

Santiago, Chile

2008

*A todos los que estuvieron presentes
en cada una de las etapas de este proceso.
A nuestra familia, nuestros amigos,
ellos saben quiénes son.*

INDICE.

CAPÍTULO UNO

EXPROPIACIÓN REGULATORIA:.....	1
TRATAMIENTO DIFERENCIADO ENTRE	1
ADMINISTRADO NACIONAL Y ADMINISTRADO EXTRANJERO.....	1
INTRODUCCIÓN.....	5
EXPROPIACIÓN REGULATORIA.....	16
1.- CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN REGULATORIA.....	16
1.1.- Generalidades.....	16
1.2.- Evolución del concepto.....	18
1.2.1.- Según el entorno histórico político.....	18
1.2.2.- Según la evolución jurisprudencial.....	21
1.3.- Algunos conceptos de expropiación regulatoria.....	26
1.4.- Hacia la formulación de un concepto propio.....	29
2.- ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA.....	35
2.1.- El inicio de un concepto: Pennsylvania Coal vs. Mahon.....	36
2.2.- Exámenes de la Corte Suprema Norteamericana para determinar la existencia de una expropiación regulatoria.....	38
2.3.- Relación entre medios y fines: Nollan vs. California Coastal Commission.....	47
3.- MEDIDAS QUE CONSTITUYEN UNA EXPROPIACIÓN REGULATORIA.....	49

CAPÍTULO DOS

TRATAMIENTO DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN EL CONTEXTO NACIONAL	57
1.- DERECHO DE PROPIEDAD.....	57
1.1.- Evolución del concepto de derecho de propiedad.....	57
1.1.1.- Teoría del abuso del Derecho.....	63
1.1.2.- Función Social del Derecho de Propiedad.....	67
1.2.- Estatuto de la propiedad en el derecho chileno.....	71
1.2.1.- Desarrollo histórico del derecho de propiedad en Chile.....	71
1.2.2.- Atributos del derecho de Dominio.....	73
1.2.3.- Facultades del Derecho de Dominio.....	75
1.2.4.- Límites y Limitaciones al Derecho de Propiedad en Chile.....	76
1.2.4.1.- Requisitos para la procedencia de limitaciones.....	76
1.2.4.1.1.- Reserva Legal.....	77
1.2.4.1.2.- Función Social del Derecho de Propiedad.....	92
1.2.4.1.3.- Contenido Esencial del Derecho de Propiedad.....	95
2.- JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN REGULATORIA.....	104
2.1.- Generalidades.....	104
2.2.- Caso Comunidad Galletué vs. Fisco.....	105
2.3.- Caso Mario García Sabugal vs. Ministro de Agricultura.....	111
2.4.- Caso Agrícola Lolco vs. Fisco.....	116
2.5.- Caso Sociedad Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco.....	120

CAPÍTULO TRES

TRATAMIENTO DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN EL CONTEXTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	125
1.- INVERSIÓN EXTRANJERA.....	125
1.1.- Concepto.....	126
1.2.- Decreto Ley 600.....	127
2.- TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA.....	134

2.1.- Tratados de Libre Comercio.	134
2.1.1.- Generalidades.	134
2.1.2.- Algunos Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile con cláusulas de expropiación regulatorias.	140
2.2.- Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones.	148
2.2.1.- Generalidades.	148
2.2.2.- Algunos Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión suscritos por Chile con cláusulas de expropiación regulatoria.	153
2.3.- Análisis de la cláusula de expropiación regulatoria en los Tratados Internacionales.	156
2.3.1.- Razones de la incorporación de la cláusula de expropiación regulatoria en los TLCs y APPIs.	158
2.3.2.- Evolución de la cláusula de expropiación regulatoria en instrumentos internacionales.	159
2.3.3.- Innovaciones dogmáticas introducidas por la cláusula de expropiación regulatoria.	160
3.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA.	164
3.1.- Generalidades.	164
3.2.- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversión, CIADI.	166
3.2.1.- Formalidades para interponer una demanda ante el CIADI.	167
3.2.2.- Características del Procedimiento.	173
3.2.3.- Chile en el contexto del CIADI.	176
3.3.- Jurisprudencia del CIADI en materia de expropiación regulatoria.	181
3.3.1.- Corporación Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos.	182
3.3.2.- Técnicas Medioambientales S.A., Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos.	190
 CAPÍTULO CUATRO	
LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA FRENTE AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CHILE.	196
1.- CHILE FRENTE A LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.	196
1.1.- Problemas en la aplicación e interpretación de la cláusula de expropiación regulatoria.	199
1.2.- Resguardos del Estado frente a las cláusulas de expropiación regulatoria.	201
2.- TRATO DIFERENCIADO ENTRE ADMINISTRADO NACIONAL E INVERSIONISTA EXTRANJERO.	210
2.1.- Generalidades.	210
2.2.- Hacia un cambio de paradigma de la responsabilidad del Estado por medidas con efectos equivalentes a la expropiación.	214
CONCLUSIONES.	221
BIBLIOGRAFÍA.	229

INTRODUCCIÓN.

El modelo de desarrollo económico chileno se ha estructurado, en las últimas tres décadas, sobre la base de la integración a la economía internacional, con un especial énfasis en la inversión extranjera.¹

En este contexto, según la visión crítica, los gobiernos de Chile han ocupado tres mecanismos principalmente:

“Primero, la apertura unilateral y no discriminatoria con el exterior, a través de la significativa reducción de la tasa arancelaria. Segundo, la suscripción de acuerdos de complementación económica y de libre comercio con diversos países donde en especial destaca la integración con los países de América Latina, además de la participación activa en el ALCA y el APEC. Finalmente, en el ámbito multilateral, se destacan los esfuerzos realizados a través de de la Organización Mundial de Comercio.”²

Más allá de las aprensiones – legítimas o no – que el modelo económico pueda generar, lo cierto es que estamos frente a una realidad que debe ser enfrentada desde la disciplina del derecho tanto desde lo legislativo, como desde lo doctrinario y jurisprudencial.

¹ Similar estrategia a la de otros países de la región sudamericana. Así, el caso de Argentina, en que “uno de los ejes de política exterior durante la década de los 90’ fue la firma de tratados de promoción de inversiones (TBI). Fueron 59 entre 1990 y 2000. El objetivo fue el de alentar las inversiones extranjeras protegiéndolas frente a los riesgos derivados de discriminación o privación de justicia por parte del Estado nacional. Se suponía que países no confiables política o institucionalmente debían dar seguridades extra a los inversores externos.” PEYROU, Alejandro. *Los Tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones y el CIADI*. Buenos Aires, Argentina, 2004. En línea, [<http://www.econ.uba.com.ar>]. Visitado el día 10 de diciembre de 2005. Pág. 1.

² PIZARRO, Rodrigo y CARREÑO, Rodrigo. *El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos: Mitos y Realidades*. Publicaciones Terram. Análisis de Políticas Públicas N° 6, 2002. En línea, [<http://www.terram.cl>]. Visitado el día 10 de marzo de 2007. Pág. 4.

Particularmente importante resulta el entorno político, social, económico y normativo referido a la inversión extranjera en el país, toda vez que los principales argumentos, tanto contra el modelo, como respecto de la estrategia de desarrollo económico nacional, apuntan contra las grandes corporaciones privadas en prácticamente todos los ámbitos que definen su actividad: tributarios, medioambientales, laborales, entre otros³. Ante este planteamiento, hay un antecedente histórico que no se debe desconocer:

“El año 1974, el régimen militar dictó el Decreto Ley 600 sobre garantías a la inversión extranjera, que establecía ciertos beneficios y seguridades para el extranjero que invirtiese capital en Chile. Lograba esos beneficios y seguridades firmando un convenio con el Estado. No era posible modificar ese convenio, ni administrativa ni legislativamente, sin la voluntad del inversionista.”⁴

Fue este, uno de los primeros pasos del gobierno de la época, para reconstruir la confianza internacional en el sistema económico chileno que, durante el período 1969-1973, había disminuido ostensiblemente.

En relación a lo anterior, se podría plantear que el trato que debe recibir el extranjero que viene a invertir en Chile debe ser uno garantista a fin de incentivar su decisión de inversión en nuestro país, y que otorgar ciertos derechos que no poseen los nacionales, se encuadra dentro de la idea de

³ Así se puede observar las potentes reacciones en Chile a propósito del royalty a la minería, en que se dejó entrever la posibilidad de que los inversionistas extranjeros reclamaran de la medida ante organismos de jurisdicción internacional en materia de inversión extranjera. *Cfr. MINERÍA CHILENA. Gobierno cobrará royalty a Escondida y desecha introducir cambios a la ley*. En línea, [<http://www.mch.cl/noticias/index.php?id=1298>]. Visitado el día 20 de junio de 2008.

⁴ PERIÓDICO LA SEGUNDA. *¿Por qué existe el Decreto Ley 600?* Columna de Gonzalo Vial Correa. Edición del día 9 de marzo de 2004. Pág. 3.

una *discriminación no arbitraria*, en tanto encuentra su razonabilidad en el fin superior del bien común de la Nación, hecho que la Constitución Política de la República permite. Esta idea, que tiene sus detractores, ha llevado a que diversos Tratados de Libre Comercio, y la estructura misma de los *contratos-ley* en el marco del D.L. 600, contengan dentro de sus disposiciones o cláusulas, mecanismos de protección de las inversiones de gran envergadura, indiciarios de un trato diferenciado entre los inversionistas extranjeros y los nacionales.

De todas estas garantías, una de las más discutibles- y actualmente discutidas- dice relación con los límites a la regulación estatal de dichas inversiones. Esto, llevado el argumento al extremo, se traduce en *“la terminación de las habilidades de los Estados (sobre todo de los menos desarrollados) de manejar sus economías autónomamente.”*⁵

Así, por ejemplo, se han vuelto comunes en diversos tratados internacionales disposiciones del siguiente tipo:

“Las partes contratantes no podrán expropiar ni nacionalizar directa o indirectamente una inversión en su territorio de un inversionista de otro miembro de este acuerdo, como tampoco tomar medidas que tengan un efecto equivalente a una expropiación o nacionalización, excepto cuando sean... compensadas... no discriminatorias... de acuerdo a un debido

⁵ COUSO, Javier A. *La Producción del derecho económico internacional y la necesidad de una democracia cosmopolita*. En línea, [<http://islandia.law.yale.edu/sela/cousos.pdf>]. Visitado el día 28 de marzo de 2008. Pág. 115.

proceso...acompañado por un pago de una compensación pronta, adecuada, y efectiva...”⁶

En ese contexto, entran en juego varios aspectos de dogmática jurídica civil y constitucional (entre los que podemos destacar, en principio, el derecho de propiedad, la seguridad jurídica, los derechos adquiridos, el poder de imperio del Estado).

Estas cláusulas, sin embargo, buscan prever los eventuales conflictos entre inversionistas y Estado Receptor en el contexto del desarrollo de una inversión dentro de éste último.

El objeto de esta memoria dice relación precisamente, con una de esas garantías: el resguardo a la inversión frente a las denominadas expropiaciones regulatorias.

“La doctrina conocida como ‘regulatory takings’, tiene como objetivo extender la lógica de la jurisprudencia de las expropiaciones tradicionales (que requieren compensación por parte de los gobiernos cuando se expropia propiedad privada, es decir, cuando se transfiere el dominio de ésta al Estado) a casos en los que la regulación gubernamental del uso de la propiedad tiene un impacto económico adverso sobre la propiedad privada.”⁷

Desde ya, el concepto de “expropiación regulatoria”, debe ser explicado, porque puede inducir a errores. Lo cierto es que la naturaleza

⁶ *Ídem*. Pág. 126. Traducción del autor del Art. 2.1. del Capítulo IV sección Protección de la Inversión, en las normas del Multilateral Agreement on Investment (MAI) que nunca entró en vigencia, en parte por la férrea oposición de grupos de ONGs que acusaron los peligros de la consagración de este Tratado para las naciones menos desarrolladas.

⁷ *Ídem*. Pág. 116.

jurídica de esta institución no se corresponde con las de las instituciones clásicas doctrinariamente desarrolladas. Particularmente, en comparación a la expropiación forzosa, existen una serie de diferencias, que a modo meramente enunciativo indicamos a continuación:

La expropiación directa (forzosa o tradicional), *per definitionem*, tiene el efecto de una transferencia del derecho real de dominio sobre una cosa desde un particular hacia el Estado entregando a aquél una indemnización, mientras que en caso de una expropiación regulatoria no transfiere el dominio – que se conserva en el particular –, sino que regula uno o más de los atributos esenciales del dominio de tal modo que lo desnaturaliza.

Por otra parte, los procedimientos que se siguen en una y otra institución, son distintos. La expropiación tradicional tiene un carácter deliberado, en tanto se establece a través de un procedimiento administrativo específico (el del D.L. N° 2.186 de 1978, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones), que termina con un acto administrativo (acto expropiatorio), y que puede llegar a un procedimiento judicial (el expropiado puede recurrir a los Tribunales de Justicia para reclamar de la legalidad del acto expropiatorio o para que se indemnice todo daño o se expropie toda la propiedad en el evento que el remanente no sea de utilidad para el expropiado).⁸

La expropiación regulatoria, por su parte, es una construcción establecida con posterioridad al acto regulador para hacer frente a los

⁸ A fin de una mejor comprensión, mantendremos la denominación de expropiación regulatoria, pero debemos abogar en favor de una reformulación conceptual, en el sentido que la denominación de la institución debería ser la de “regulación expropiatoria”, en tanto este concepto pondría el énfasis donde efectivamente lo presenta dicha institución, cual es el de la regulación (sustantivo) con efectos limitativos (adjetivo) del derecho de propiedad privada.

efectos perniciosos que éste tiene sobre los atributos del dominio, es decir, se enmarca dentro de la responsabilidad por actos lícitos del Estado, ya del legislador, ya del administrador; actos que eventualmente pueden ser revisados en sede judicial sobre la base de algún recurso de protección, de solución de controversias de tipo arbitral, o por la vía de un juicio ordinario de responsabilidad del Estado.

En otro sentido, y no menos importante, debemos hacer notar que la expropiación indirecta, si bien sigue la misma lógica del establecimiento de meras limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad en virtud de su función social y del poder de policía que le cabe al Estado, desde ya encuentra su diferencia en los efectos comparados que tienen una y otra medida.

Así, hay que distinguir entre: “establecer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad... y regular a tal grado el ejercicio de un derecho que, en el hecho, constituye una expropiación sin compensación.”⁹

Incluso más, parte de la doctrina afirma que las limitaciones y privaciones se mueven en distintos planos y obedecen a distintos fundamentos, por lo que requieren de un tratamiento dogmático constitucional diferenciado, y no un análisis desde la noción *continuo-conceptual* entre limitación y privación.

Así, se ha afirmado que “mientras que las limitaciones, por definición, encuentran su sustento jurídico constitucional en la función social de la

⁹ LEYTON FLÓREZ, Patricio. *Tribunales Arbitrales Internacionales y el Derecho Ambiental: Nuevas reglas para la determinación de la esencia del Derecho de Propiedad*. Compendio Segundas Jornadas de Derecho Ambiental, Editorial LexisNexis, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004. Pág. 73.

propiedad – que por lo demás se encuentra bastante acotada en nuestro orden fundamental – y por lo mismo constituyen la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas, la privación presupone una actuación que sustrae un elemento del ámbito dominical constitucionalmente protegido, y es esa sustracción la que motiva la indemnización.”¹⁰

Pasando a otro punto, debemos destacar que la elección del tema de esta memoria no es casual, y se ha visto determinado por los diversos comentarios que ha generado el desarrollo de esta institución.

Así, para algunos “el riesgo al libre mercado que significa el Socialismo en nuestros días no está en el fantasma de la expropiación, porque el control estatal de los medios de producción ha perdido su popularidad en todo el mundo, sino en el control de las compañías privadas mediante la regulación.”¹¹

Para otros, el desarrollo mismo de esta institución es disfuncional a las necesidades que plantea el actual desenvolvimiento económico mundial y así, se ha señalado que la figura de las expropiaciones regulatorias – con sus consecuentes compensaciones – es insostenible en el contexto de las

¹⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Limitaciones y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la Propiedad*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N° 2, Santiago de Chile, 2006. Pág. 288. Este autor, además, agrega que “lo anterior no supone que el abuso legislativo, en materia de limitación quede fuere de toda contención constitucional. Justamente, las limitaciones pueden ser controladas por el parámetro constitucional del contenido esencial o esencia del derecho... En el derecho comparado se ha fundado la necesidad de indemnización de determinadas regulaciones, no sobre la base de considerarlas expropiatorias, sino que por ser lesivas al principio de proporcionalidad (o sea, correlativamente, en la prohibición de falta de proporcionalidad), que la jurisprudencia y la doctrina alemandas han estimado como principio subyacente de toda limitación o regulación de derechos fundamentales.” ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Op. Cit.* Págs. 288 y 298.

¹¹ PERIÓDICO EL MERCURIO. Editorial del día 10 de noviembre de 1993. Pág. 3.

democracias industrializadas contemporáneas, que demandan de manera cada vez más urgente una regulación en áreas tales como la protección del medio ambiente y la seguridad laboral, regulación que sería inviable si de cada actuar regulativo estatal se derivara una contraprestación en favor de los particulares.¹²

La discusión de este tema no es pacífica, porque tiene un marcado carácter ideológico subyacente en el análisis. Además, que de la postura que se tenga a su respecto, se derivan consecuencias directas en el potencial desarrollo económico nacional.¹³

En este sentido, incluso la misma jurisprudencia norteamericana ha sido errática al respecto, y las posiciones doctrinarias entre los catedráticos son tan variadas como encontradas, como veremos en algunos capítulos de este estudio.

Pero todo el análisis que se pretende realizar, y que esbozamos anteriormente, no tendría plena justificación si no existiera una real preocupación por el tema. Lo cierto es que ese interés está presente: las expropiaciones regulatorias han cobrado importancia en el contexto de la integración económica de Chile por vía de tratados (bilaterales omnicomprendivos de diversas materias o convenios bilaterales creados al efecto de protección de las inversiones), siendo el TLC Chile-Estados Unidos un claro ejemplo de ello.¹⁴

¹² COUSO, Javier A. *Op. Cit.* Pág. 124, citando a SAX (1995).

¹³ Para un análisis pormenorizado del desarrollo económico nacional, en relación a las medidas que los gobiernos de las últimas tres décadas han tomado, consultar PUBLICACIONES TERRAM. *Análisis de Políticas Públicas y Coyuntura Económica*. En línea, [<http://www.terram.cl>]. Visitado el día 2 de febrero de 2008.

¹⁴ Tratado Libre Comercio Chile-Estados Unidos. En línea, [http://www.direcon.cl/index.php?accion=tlc_eeuu]. Visitado el día 23 de abril de 2007.

Al efecto, el Capítulo 10 de dicho Tratado se refiere a la inversión, estableciendo en su Art. 10.9 lo siguiente:

“1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea:

(a) por causa de utilidad pública;

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y

(d) con apego al principio de debido proceso y al art. 10.4 (1) a (3).”

Como puede apreciarse esta cláusula hace la distinción pertinente entre expropiaciones stricto sensu y las regulatorias. El anexo 10-D, interpretativo del capítulo antedicho, deja claramente establecido lo anterior en sus numerales tres y cuatro.

“Anexo 10-D. Expropiaciones (...)

3. El art. 10.9 (1) aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

4. La segunda situación abordada por el art. 10.9 (1) es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de

una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio...”¹⁵

De modo que, en principio, la situación respecto de la regulación estatal que pudiera generarse afectando las inversiones de los estadounidenses en Chile, estaría resguardada por mecanismos creados al efecto, con reglas más o menos precisas.¹⁶

La pregunta de fondo, sin embargo, en relación al título propuesto para esta memoria, es ¿cuál es la situación del nacional en esta materia? ¿Se ha desarrollado la institución de la expropiación regulatoria en Chile de modo sistemático? ¿Qué ha dicho la jurisprudencia al efecto?

Creemos que el tema es en extremo discutible en la realidad jurídica nacional, pero justamente es esa incertidumbre la que detona el interés en realizar este análisis.

En este contexto, es un imperativo, hacerse cargo de lo señalado por algunos autores en el siguiente sentido: “dada la doctrina sobre responsabilidad del Estado que ha adoptado la más reciente jurisprudencia

¹⁵ Anexo 10-D, interpretativo del Tratado Libre Comercio Chile-Estados Unidos. En línea, [<http://www.legadigital.cl/doc/tratados/USA%20libre%20comercio.pdf>]. Visitado el día 12 de diciembre 2006.

¹⁶ Esto, en todo caso, con alcances: El art. 10. 12 sobre Inversión y Medio Ambiente, del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, establece lo que se ha denominado una *excepción ambiental*, en los siguiente términos: “Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.” La aplicación de esta cláusula de excepción, ha sido bastante restringida, y su peso relativo ha sido menor en casos ante el CIADI que han versado sobre aspectos ambientales (Metalclad vs. México en el contexto del NAFTA).

de la Corte Suprema – que excluye cualquier caso de responsabilidad sin falta, salvo texto legal expreso – si hay discriminación [si comparamos el trato del nacional con el del extranjero sometido a un régimen garantista]. En efecto, los chilenos estamos siendo discriminados arbitrariamente al disponer de un estatuto de protección del patrimonio 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.”¹⁷

De este modo, quedan planteados los puntos de análisis que se requieren tratar en esta memoria, las preguntas que necesitan urgente respuesta, y los desafíos que se deben enfrentar con celeridad.

¹⁷ MONTT OYARZÚN, Santiago. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y Expropiaciones Regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005. Págs. 22-23.

CAPÍTULO UNO.

EXPROPIACIÓN REGULATORIA.

1.- CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN REGULATORIA.

1.1.- Generalidades.

Aunque la conceptualización muchas veces signifique el abandono de la libertad de reflexión en materias legales, lo cierto es que el intento por definir una institución contribuye usualmente a sustentar la certeza jurídica de los sistemas (...)¹⁸

El concepto de expropiación regulatoria o medidas equivalentes a expropiación se ha convertido en una de las causales de reclamación más utilizadas de la red de más de 2000 Tratados de inversión, actualmente existentes en el mundo.

“Paradójicamente, este ampliamente utilizado concepto carece de una definición precisa. Y los casos que han tanto encontrado o rechazado la existencia de una violación distan de proporcionar una noción única que encapsule un análisis racional que distinga las situaciones donde existe y donde no.”¹⁹

¹⁸ MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. *Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones (Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties)*. En línea, [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=crispulo_marmolejo_gonzalez]. Visitado el día 26 de marzo de 2008. Pág. 54.

¹⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión*. En línea, [<http://www.gdca.com.mx/español/publicaciones/varios/PDF/MEDIDAS%20EQUIVALENTES%20EXPROPIACION.pdf>]. Visitado el día 23 de enero de 2008. Pág. 1.

En este contexto, y siguiendo el discurso poético de un autor, cabe preguntarse: “¿Significa esto que las medidas equivalentes a expropiación son como la belleza, en que están en los ojos de quien la observa? ¿Significa esto que las medidas equivalentes a expropiación son como el arte moderno en que uno puede observarlas durante horas y estar inseguro de si es o no es?”²⁰

Al ponderar las respuestas a estas preguntas, nos percatamos de la necesidad de lograr una definición para esta institución, delimitarla y dar claridad a sus contenidos, sobre todo teniendo en cuenta la importante tarea ante la cual se encuentran los árbitros internacionales cuando se enfrentan a casos en los que se arguye una reclamación de este tipo.

Por cierto, esta indefinición, también afecta a los privados, en razón de la incertidumbre de los resultados de sus alegaciones frente a medidas estatales con efectos negativos para su inversión.

Al momento de intentar conceptualizar la expropiación regulatoria tenemos que tener en claro su complejidad, ya que debe encontrarse un punto medio entre dos intereses que compiten y que son tan complejos como delicados:

- El interés de los Estados de efectivamente abordar los temas locales, que con frecuencia son delicados.
- El interés de los inversionistas por que sus derechos de propiedad sean respetados.²¹

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Cfr. Ibidem.*

1.2.- Evolución del concepto.²²

El contexto de la evolución de la expropiación regulatoria, como creación jurisprudencial y doctrinaria norteamericana, se puede enmarcar desde una perspectiva tanto política, como jurisprudencial, que a continuación pasaremos a analizar.

1.2.1.- Según el entorno histórico político.

Primero, debe tenerse presente que la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica sienta el principio básico en materia de expropiaciones al establecer: “*nor shall private property be taken for public use without just compensation.*”²³

A partir de este principio fundamental, y al estado actual de la cuestión analizada, la mayoría de los especialistas estima que el tema de la expropiación regulatoria constituye un área de la jurisprudencia constitucional que no ha manifestado estándares de precisión y de certeza, dada la inexistencia de aproximaciones analíticas definidas que entreguen reglas certeras acerca de cómo debe actuar el juez o el árbitro frente a cada caso.

²² Para mayor información, y como referente indispensable del tema, consultar EPSTEIN, Richard. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos, 1985. A un mismo nivel, y referido específicamente al tema en estudio, está la magnífica obra de FISCHER, William A. *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*. Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos, 1998. Pág. 432. Sobre el punto referido a evolución histórica de la doctrina de regulatory takings, se ha seguido, en atención a su concisión y claridad, el esquema propuesto por BEST, Robert K. *Regulatory Takings: A brief history*. Pacific Legal Foundation Seattle, Estados Unidos, 2001. En línea, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=701322]. Visitado el día 24 de septiembre de 2007.

²³ Constitución de Estados Unidos de Norteamérica. En línea, [http://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Estados_Unidos]. Visitado el día 18 de marzo de 2008.

Robert Best señala que la doctrina de regulatory takings opera, por una parte, no sólo como una defensa en contra de las confiscaciones arbitrarias efectuadas por un Estado, sino que también, por otra, como un mecanismo de chequeo y fiscalización del poder público cuando éste regula el uso y disfrute del derecho de propiedad.²⁴ Esto quiere decir, en una primera aproximación, que la doctrina no sólo se ocupa de las apropiaciones estatales forzosas en cuanto derecho integral – expropiación tradicional –, sino que además avanza hacia el grado de lesión o afectación de alguno de los atributos del dominio, tales como el uso, disfrute o disposición.

A partir de esta afirmación – prosigue Best – se ha dado en la jurisprudencia constitucional norteamericana una clara sensación de falta de certeza y desconocimiento sobre el tópico, lo cual ha hecho imposible a los abogados conocer a cabalidad cuál es la óptica real que las Cortes tienen acerca de la doctrina en análisis. De la revisión de los antecedentes sobre la trayectoria histórica del problema se aprecian tres grandes líneas:

a.- Una primera postura sostiene que el problema de la expropiación regulatoria tendría su gestación durante el siglo XIX, existiendo para tales efectos el caso *Commissioners vs. Kempshall* del año 1841²⁵. En consecuencia, no sería acertado sostener que la doctrina es fruto del movimiento de revitalización de los derechos de propiedad, a partir de 1960, que tomó como base los pronunciamientos del juez supremo Wendell Holmes durante la década de 1920.²⁶

²⁴ BEST, Robert. *Op. Cit.* Pág. 3

²⁵ 26 Wendell. 404 (1841).

²⁶ Interesante comentario sobre esta postura, aunque minoritaria, en CLAEYS, Eric. *Takings, regulations and natural property rights*. Cornell Law Review, vol. 88, St. Louis, 2003.

b.- Una segunda postura se sostiene en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, postula que entre los años 1937 y 1985 se vivió un periodo de “tendencia antipropietaria”. Uno de los exponentes de esta tendencia es Charles K. Rowley, quien señala que en forma posterior a 1985 se produce la consolidación de la doctrina y anotando en forma muy drástica que esta tendencia antipropiedad fue causada por la mala calidad intelectual de los jueces.²⁷

c.- Una tercera posición, establece la existencia de cuatro etapas:

- Inicio de la aplicación de la doctrina e hito de su etapa fundacional es el famoso fallo en el caso *Pennsylvania Coal vs. Mahon*²⁸, y el análisis realizado por el juez Oliver Wendell Holmes;
- Una segunda etapa que consiste en el abandono de la doctrina (desuso) desde 1940 hasta 1960 – vale decir algo más de 20 años de rechazo a los principios enunciados en la etapa anterior;
- Una tercera etapa que se inicia en 1960 con la aparición de “*The Problem of Social Cost*” de Ronald Coase donde se plantea el famoso teorema, y por el cual comienza el despegue de la teoría económica de los “property rights.”

Esta etapa concluiría cerca de 1980, con el proceso desregulador y privatizador iniciado en los Estados Unidos, básicamente durante la

²⁷ Sobre esta postura ver MERCURO, Nicholas. *Takings, property and just compensation: Law and Economics Perspectives of the Taking Issues*. Kluger Academic Publisher, Boston, Estados Unidos, 1994; y, PIPES, Richard. *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a los largo de la Historia*. Primera Edición, Editorial Turner, Madrid, España, 2002. Pág. 32.

²⁸ 260 U.S. 393 (1922).

administración Reagan y también coincidente con el auge de la teoría de la Regulación Económica, que públicamente es reconocida por la entrega del Premio Nobel de Economía de 1982 al profesor de la Universidad de Chicago, George Stigler.

Si bien en esta etapa no se advierte en forma notoria el cambio jurisprudencial, si se manifiesta la tendencia revisora a nivel académico, básicamente con el nacimiento de la escuela de Law & Economics.

- Una cuarta etapa, que podría denominarse “internacionalización de la doctrina de regulatory takings” y que se ha manifestado a través de los BIT.²⁹

1.2.2.- Según la evolución jurisprudencial.

Robert Best³⁰ efectúa una interesante reseña evolutiva del tránsito jurisprudencial hacia la doctrina de las expropiaciones regulatorias. Por de pronto, el autor divide su esquema de la siguiente manera:

a.- Expropiaciones físicas o materiales: En esta etapa, los fallos iniciales de la Corte Suprema de Estados Unidos aplican la quinta enmienda sólo a los casos de expropiaciones físicas o materiales y no la extienden hacia las restricciones derivadas del poder político regulador. Sólo se establece como el núcleo de las decisiones judiciales sobre el tema la apropiación decretada por el órgano estatal correspondiente y que como resultado de ese proceso expropiatorio, genera un perjuicio al propietario y que debe ser indemnizado.

²⁹ Bilateral Investment Treatment. En español Acuerdos de Promoción y Protección para la Inversión, APPI.

³⁰ BEST, Robert. *Op. Cit.* Pág. 3 y ss.

Sobre el punto, es ilustrativo el caso *Pumpelly vs. Green Bay and Mississippi Canal Co.*³¹ En esa oportunidad, se produjo la inundación de una propiedad con la autorización previa de las autoridades locales. Los reclamantes propietarios del inmueble solicitaron la intervención de la Corte en el tema, la que estimó que dicha autorización constituía una expropiación y debía indemnizarse al dueño por el valor total de la propiedad, aun cuando ésta no fuera directamente expropiada por razones de utilidad pública en estricto sentido.

Sin embargo, los intentos ulteriores por emplear la Quinta Enmienda para combatir algunas acciones que claramente extralimitaban el poder de las autoridades en materia de propiedad privada fueron poco fructíferos. Entre ellos están *Mugler vs. Kansas*³² y *Reinman vs. Little Rock*³³, referido a la prohibición de instalar un establo de animales; y también *Hadayeck vs. Sebastian*³⁴ que trató sobre la prohibición de instalar un campo de elaboración de ladrillos.

En todos estos casos, los tribunales actuaron sobre la idea asentada de que el poder público estaba orientado siempre a preservar la armonía y el bien de la comunidad, y en modo alguno su ejercicio podría constituir una expropiación; además, consideraron que los intereses privados debían ceder al bien de la comunidad, aun cuando no sean dañinos o potencialmente peligrosos

b.- Expropiaciones regulatorias. En esta segunda etapa, la Corte Suprema reconoció expresamente que las regulaciones estatales podían exceder e

³¹ 80 U.S. 166, 179 (1871).

³² 123 U.S. 623 (1887).

³³ 237 U.S. 171 (1915).

³⁴ 239 U.S. 394 (1915).

interferir el ámbito de los derechos propiedad de sus dueños, pudiendo configurarse una expropiación. De esta etapa es el célebre *leading case* Pennsylvania Coal vs. Mahon, que se pronunció sobre la prohibición impuesta a una compañía explotadora de una mina de carbón para realizar labores en un área específica de la superficie del yacimiento. En este famoso caso, la Corte Suprema reconoció que la propiedad en un sentido estrictamente legal es “un conjunto de derechos relativos al uso y aprovechamiento de los frutos de una cosa material. La regulación, aun cuando aparentemente considere intocable la cosa material, puede destruir completamente el ejercicio de los derechos referidos y constituir una expropiación en un sentido estrictamente legal.”³⁵

Esto se resolvió así dado que en la acción también se pretendía cuestionar por parte de la compañía minera la constitucionalidad de la ley estatal que prohibía la extracción de carbón del subsuelo de sitios urbanos por razones de seguridad pública. Aquí es donde surge la figura del juez Oliver Wendell Holmes cuando estableció en su sentencia la siguiente doctrina: “*while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.*”

La doctrina y jurisprudencia ante esta progresiva sentencia, tomó distancia, tanto que durante un intervalo de casi 50 años, se produjo un literal abandono de la doctrina Holmes. Ello, según algunos autores, provocó una tangencial pero creciente alteración de los grados de protección del dominio. A este respecto, señala Richard Pipes que “una amenaza adicional a los derechos de propiedad hoy en día es de naturaleza indirecta y conlleva medidas que no están inequívocamente amparadas por la Quinta y la

³⁵ BEST, Robert. *Op. Cit.* Pág. 10.

Decimocuarta enmiendas, las bases constitucionales de los derechos de propiedad de los ciudadanos estadounidenses. Desde la década de 1930 los tribunales han tenido la tendencia a permitir las diversas transgresiones del gobierno contra los derechos de los individuos a sus bienes en nombre del 'interés público'. Sin llegar a expropiar propiedades, en el más estricto sentido de la palabra, el gobierno restringe el uso que el propietario puede hacer de ellas mediante regulaciones que, según la opinión de algunas autoridades legales equivalen a una expropiación reglamentaria."³⁶

En esta época existen algunos fallos que manifiestan la tendencia antedicha:

a.- *Nectow vs. Cambridge*³⁷. En este caso se estableció que las restricciones a la propiedad no pueden ser impuestas a menos que tengan una relación sustancial con un interés legítimo del gobierno.

b.- *Miller vs. Schoene*³⁸. Seis años después de *Pennsylvania Coal vs. Mahon.*, la Corte Suprema estableció que el gobierno – organismos del Estado – podían destruir una plantación de cedros ornamentales con el fin de proteger huertos de manzanas. No existe expropiación, según la Corte, cuando el Estado debe optar entre la preservación y mantenimiento de una clase de propiedad u otra.

c.- *Goldblatt vs. Hempstead*³⁹. En este caso, según el criterio de la Corte, la prohibición de extraer arena y gravilla bajo un depósito de agua no constituye una expropiación. Aun cuando la Corte estimó que no se producía el efecto

³⁶ PIPES, Richard. *Op. Cit.* Pág. 32.

³⁷ 277 U.S. 183 (1926).

³⁸ 276 U.S. 272 (1928).

³⁹ 369 U.S. 590 (1962).

expropiatorio, si reafirmó el principio de que una regulación puede ser muy onerosa o bien constituir una expropiación, pero en ciertas circunstancias calificadas. Este caso tiene el mérito de introducir un criterio de análisis y definición de conceptos llamado “*no set formula*” el cual tiene por objeto determinar cuándo termina el efecto de una regulación y comienza el de una expropiación. Finalmente, la sentencia estableció el efecto económico del daño en el patrimonio del propietario como un factor que debe ser considerado en la calificación o revisión judicial definitiva. Este caso, tiene dos interesantes aspectos que deben ser mencionados:

Primero, el hecho que el juez asumió de una u otra forma el raciocinio del Juez Holmes referido al ámbito de aplicación excesivo de la regulación, el famoso “*goes too far*” del acto estatal. Recuerda este exceso de regulación el aforismo romano de “*summa in ius, summa in iuria*”.

Y en segundo lugar, la fecha del fallo es de 1962, vale decir dos años después que Coase publicara “*The problem of Social Cost*”. Curiosamente, y con la perspectiva de analizar las fuentes de dicha decisión judicial, el fallo trata acerca del efecto económico de una regulación sobre el patrimonio, lo que podría vincularlo en alguna forma con la discusión académica de la época que se planteó sobre el llamado Teorema de Coase.

“Con el avance de estas cinco décadas de jurisprudencia de orientación más bien estatista, la Corte ha comenzado a reconocer paulatinamente el rol de la Quinta Enmienda sobre el derecho de propiedad, no sólo como una declaración de derechos ciudadanos, sino como un mecanismo efectivo de control del ejercicio del poder político, el cual siempre debe estar orientado a asegurar a los ciudadanos los mas óptimos niveles de

justicia y procurar un trato igualitario en la distribución de las cargas para el beneficio de la comunidad.”⁴⁰

Por último, importante es señalar que en esta paulatina reorientación, se encuentran los casos *Armstrong vs. United States*⁴¹ y *United States vs. Fuller*.⁴²

1.3.- Algunos conceptos de expropiación regulatoria.

La elaboración de un concepto de expropiación regulatoria, es de una complejidad importantes, puesto que ello – quizás aun en tránsito o en actual evolución – supone la alternancia de principios tan importantes como son aquellos fundados en la Teoría de la Regulación Económica y la Teoría de los *Property Rights*.

Es a partir de esa óptica, ciertamente influida por la doctrina *Law & Economics*, desde donde se intentará elaborar un concepto de expropiación regulatoria:

a.- El anexo 10–D del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos no se refiere a la expresión “expropiación regulatoria”, sino que define el concepto de “expropiación indirecta” en los siguientes términos:

“La segunda situación abordada por el art. 10.9 (1) es la expropiación indirecta donde un acto o una serie de actos de un país tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

⁴⁰ MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. *Op. Cit.* Pág. 65.

⁴¹ 364 U.S. 40 (1960).

⁴² 409 U.S. 488 (1973).

*Salvo excepciones, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de un país que se diseñan y aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público tales como salud pública, seguridad y medioambiente.*⁴³

b.- Brennan y Boyd sostienen que una expropiación regulatoria “ocurre cuando el titular de derechos de propiedad sufre una pérdida no a partir de la acción directa del Estado, pero si a consecuencia de las regulaciones que si crean esas pérdidas o detrimentos.”⁴⁴

c.- La doctrina del juez Oliver Wendell Holmes, sentada en “Pennsylvania Coal vs. Mahon” estableció: “while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.”

d.- Thomas Erger, profesor que sigue la doctrina Law & Economics en la Universidad de Hamburgo define la expropiación regulatoria de la siguiente forma: “If the regulatory act causes a considerable reduction in value of the asset, ‘regulation’ becomes ‘regulatory taking’ and compensation had to be paid.”⁴⁵

⁴³ Anexo 10-D, interpretativo del Tratado Libre Comercio Chile-Estados Unidos. En línea, [<http://www.legadigital.cl/doc/tratados/USA%20libre%20comercio.pdf>]. Visitado el día 12 de diciembre 2006.

⁴⁴ BRENNAN, Tim y BOYD, James William. *Political Economy and the Efficiency of Compensation for Takings*. Contemporary Economic Policy, vol. 24, Estados Unidos, 2005. En línea, [<http://ssrn.com/abstract=867108>]. Visitado el día 15 de abril de 2008.

⁴⁵ EGER, Thomas. *Protection of private ownership rights against interference by private persons and by government*. Course Structure for the Law and Economics Conference, India, 2004. En línea, [<http://www.igidr.ac.in/~babu/law/course.html>]. Visitado el día 25 de octubre de 2007.

e.- En el laudo final del caso Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos⁴⁶ del CIADI, en el considerando 103 de dicha resolución se afirma que “la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente dicha medida se haya establecido en beneficio obvio del Estado Receptor.”

f.- En el fallo CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina⁴⁷ se cita el caso Lauder el cual señala que “el concepto de expropiación indirecta no está definido claramente. La expropiación indirecta o nacionalización es una medida que no implica una incautación deliberada pero neutraliza eficazmente el goce de la propiedad.”

g.- La UNCTAD ha explicado el concepto de la siguiente manera: “No es la invasión física de los bienes – que caracteriza a la nacionalización o expropiación – lo que ha tomado importancia, sino la erosión de derechos asociada con los derechos derivados de la propiedad, derivados de interferencias gubernamentales.”⁴⁸

⁴⁶ Caso CIADI N° ARB (AF)/97/1. En línea, [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>]. Visitado el día 25 de Mayo de 2008.

⁴⁷ Caso CIADI N° ARB/01/8. En línea, [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>]. Visitado el día 25 de Mayo de 2008.

⁴⁸ UNCTAD Series. *Taking Property*. ONU, Nueva York y Ginebra. Pág. 12.

h.- Gerard Greenfield define la expropiación regulatoria como “Cualquier reglamentación por gobiernos nacionales o estatales (leyes, tratados, medidas administrativas) que reducen o limitan el valor comercial de la propiedad privada...”⁴⁹

i.- En nuestra doctrina, Daniel Peñailillo utiliza también la expresión *expropiación indirecta*. “Con ella se refiere a diversas medidas protectoras, entre ellas del medio ambiente, que limitan al propietario de manera excesiva, eliminando la mayor parte de sus prerrogativas propietarias.”⁵⁰

j.- Por su parte, Santiago Montt señala que “las expropiaciones regulatorias son el resultado de una actividad normativa lícita que, de facto, resulta afectar la esencia del 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.”⁵¹

1.4.- Hacia la formulación de un concepto propio.

Una regulación expropiatoria, se produce por la aplicación de cualquier medida, ley, reglamentación, acto o serie de actos de un Estado que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio, pero que afecta de

⁴⁹ GREENFIELD, Gerard. *El fallo de NAFTA en el caso de Metalclad contra México*. En línea, [www.inia.mx.com/Nafta/documentos_greenfield.pdf]. Visitado el día 25 de noviembre del 2007.

⁵⁰ Citado por TALLAR DELUCHI, Fernando. *Efectos Jurídicos de la Protección Ambiental*. Compendio Segundas Jornadas de Derecho Ambiental, Editorial LexisNexis, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004. Pág. 266.

⁵¹ MONTT OYARZÚN, Santiago. *Op. Cit.* Págs. 67 y 68.

tal modo su esencia que produce la necesidad de indemnizar al propietario. Salvo excepciones, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de un país que se diseñan y aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

a.- Regulación expropiatoria:

Creemos más claro afirmar que es una *regulación expropiatoria* que una *expropiación regulatoria*, como la generalidad de la doctrina la denomina. Esto porque – y sin llegar a un debate lingüístico – es más propio decir que es la regulación la que expropia y no la expropiación la que regula.

b.- Cualquier medida, ley, reglamentación, acto o una serie de actos de un Estado:

La responsabilidad del Estado comprenderá, en primer lugar, todos y cada uno de sus órganos, centralizados o no y respecto de cualquier tipo de decisión, normativa, medida, acto, o conjunto de actos que afecten la propiedad, entendida ésta en términos amplios como el valor comercial, las futuras ganancias, y las expectativas de la inversión.

Cuando señalamos la frase “conjunto de actos” nos estamos refiriendo a la denominada “creeping expropriation”. Esta es una construcción jurisprudencial que describe la situación que puede suceder cuando un acto aislado es insuficiente para llegar a los umbrales expropiatorios, pero que,

aunado a otros actos son suficientes para producir un efecto equivalente a una expropiación.⁵²

c.- Tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio:

Un efecto equivalente, corresponderá a un efecto similar, sea en valor fuerza o resultado a los efectos que conocemos de una expropiación directa. Es decir el propietario verá afectada su propiedad, de una forma análoga a la expropiación directa perdiendo su derecho de dominio o algunos de sus atributos.

En palabras de la UNCTAD, se erosiona de tal modo su derecho que se desdibuja y pierde su núcleo para ser identificado como tal, por lo cual el propietario no podrá ejercer sobre su derecho las mismas facultades que tenía con anterioridad a la aplicación de la medida, porque verá reducido su valor, habrá perdido el control de su propiedad, se habrán interferidos sus

⁵² Algunos casos referidos a situaciones de *creeping expropriation* son: Tradex Hellas S.A. vs. República de Albania, dictado por el CIADI, N° ARB/94/2. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 7 de abril de 2007. Párrafo. 191. “Mientras... ninguna de las decisiones particulares y eventos alegados por Tradex para constituir una expropiación pueden efectivamente ser calificadas por un tribunal como expropiación, puede todavía ser posible que el tribunal, por tanto, tenga que examinar y evaluar de ahora en adelante si la combinación de las decisiones y eventos puedan ser calificadas como expropiación de Tradex como inversión extranjera en un largo proceso paso a paso por Albania.”; Laudo Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, dictado por el CIADI, N° ARB/96/1. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 7 de abril de 2007. “Una expropiación progresiva está compuesta por varios elementos, ninguno de los cuales puede – separadamente – constituir un ilícito internacional. Estos elementos constitutivos incluyen el no pago, no devolución, cancelación, denegación de acceso a la justicia, prácticas excluyentes, etc... una nacionalización o expropiación – en particular una expropiación progresiva comprende un número de componentes – pero lógicamente debe ser más que la mera suma de sus partes.”

negocios, o quizás cancelados parte de ellos, se pueden haber destruido sus expectativas o interferidos sus contratos, etc.⁵³

Por otra parte, en el derecho internacional existe desde la perspectiva de la privación del derecho de propiedad, la expropiación indirecta “cuando se ha producido el despojo del uso de la propiedad o del goce de sus beneficios y que esta interferencia sea total o completa o a la sumo una interferencia en dicho uso o goce de efectos o magnitudes equivalentes.”⁵⁴

Ello es así aún cuando no haya una transferencia de la titularidad jurídica de los bienes en concreto, siempre y cuando la interferencia tenga un carácter de irreversible y permanente.⁵⁵

La intención del gobierno no es relevante para estos casos, y lo que tiene real importancia son los efectos que surtan las medidas adoptadas por alguno de los órganos del Estado.

⁵³ *Cfr.* UNCTAD Series. *Op. Cit.* Pág. 12.

⁵⁴ En este sentido *Pope & Talbot Inc. vs. Canadá*, dictado por tribunal ad-hoc. En línea, [<http://www.state.gov/s/l/c3747.htm>]. Visitado el día 23 de abril de 2007. En este caso, el tribunal arbitral sostuvo que las medidas regulatorias deben interferir en forma sustancial en la inversión para poder ser caracterizadas como una expropiación para el derecho internacional. Es decir, que el grado o intensidad de la interferencia (magnitud y severidad de ese efecto) de la medida (regulatoria) en la inversión realizada va a determinar si existe “una privación sustancial” de dicha inversión y, por ende, constituye una expropiación bajo los parámetros del derecho internacional.

⁵⁵ El derecho internacional acepta que para que exista una expropiación no es necesaria la transferencia de la propiedad, sino que basta la sola afectación de los derechos de uso, goce o control. Por ello, en casos de expropiación regulatoria, el tribunal arbitral no se debe limitar a analizar si se ha producido una desposesión o expropiación formal (titularidad), sino que ver el contexto completo de la inversión.

d.- Pero que afecta de tal modo su propiedad que debe ser indemnizada:

El propietario que vea afectado su derecho de propiedad por una medida con efectos equivalentes a una expropiación tendrá derecho a exigir al Estado el pago de una compensación que indemnice el daño sufrido.

“El derecho internacional ha protegido de expropiación la propiedad de los extranjeros, dándole a su dueño el derecho a indemnización por el valor de la propiedad pérdida. Es claro, el pago compensatorio en caso que la expropiación implique transferencia de propiedad.”⁵⁶

El problema se suscita en casos de expropiación regulatoria, en atención a que primero se debe determinar si existe una medida regulatoria que constituya una interferencia ilegítima en los derechos e intereses de un inversionista, y luego si sus efectos son equivalentes a los de una expropiación y que no cualquier efecto será indemnizable.

e.- Salvo excepciones, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de un país que se diseñan y aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

Este último párrafo del concepto, fue tomado del anexo 10–D del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, ya que constituye un avance en lo que se refiere a los límites de la expropiación regulatoria.

⁵⁶ PÁEZ, Marisol. *La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados*. En Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, N° 153, Santiago de Chile, 2006. Pág. 4.

Consideramos este punto de importancia manifiesta, ya que como ha identificado cierta doctrina existe un riesgo de limitar el poder de policía del Estado, con consecuencias graves para la implementación de políticas públicas relevantes.

Así, se ha señalado que “en virtud del concepto tradicional del derecho internacional acerca del ejercicio de los poderes regulatorios, cuando un Estado actuaba de una manera no discriminatoria para proteger bienes público tales como su medio ambiente, la salud de su población u otros intereses relativos al bienestar público, se entendía que esas acciones quedaban fuera del alcance de lo que significaba una expropiación...Tales actos sencillamente no estaban comprendidos en el concepto de expropiación, no era una confiscación de propiedad, y no se debía pagar ninguna indemnización en virtud del derecho internacional.”⁵⁷

De no existir estos límites a la aplicación de la institución, incluso ejercicios normales de la autoridad regulatoria gubernamental podrían ser consideradas como expropiaciones que requieren el pago de indemnización.

Esta es la cuestión en que se encuentra la “batalla” interpretativa que se libra actualmente en torno al ámbito de aplicación de las disposiciones sobre expropiación regulatoria.

Por todas estas razones es que consideramos necesario y oportuno la incorporación de este límite, y el Tratado de Libre Comercio Chile-EE.UU. da un importante paso en ese sentido.

⁵⁷ MANN, Howard y VON MOLTKE, Konrad. *La protección de los derechos de los inversionistas y del bienestar público: Evaluación del Capítulo XI del TLCAN*. International Institute for Sustainable Development. En línea, [<http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>]. Visitado el día 5 de mayo 2008. Pág. 20.

2.- ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA.

La expropiación regulatoria o “regulatory taking” tiene su origen en la aplicación que los tribunales estadounidenses han dado a la Quinta Enmienda, la cual garantiza la protección de la propiedad estableciendo expresamente:

“...nor shall private property be taken for public use without just compensation.”

Teniendo en consideración esta enmienda, los tribunales han establecido que en caso que el derecho de propiedad de un ciudadano se vea afectado por regulaciones estatales existe la posibilidad de estar frente a una expropiación regulatoria, puesto que tiene “los mismos efectos que el ejercicio del dominio eminente, y requiere, como consecuencia, que el Estado indemnice al dueño de la propiedad.”⁵⁸

De esta manera los propietarios estadounidenses que crean que una regulación estatal ha efectivamente “expropiado” su dominio, pueden interponer una demanda contra el Estado por transgresión a la Quinta Enmienda, a través de un proceso conocido como “inverse condemnation action.”⁵⁹

Al respecto, los tribunales estadounidenses han señalado que: “la garantía de la Quinta Enmienda está diseñada para prohibir al Estado de forzar a unos pocos a soportar individualmente las cargas públicas, las

⁵⁸ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006. Pág. 415.

⁵⁹ *Ibidem*.

cuales en justicia y equidad, deben ser soportadas por el pueblo como un todo.”⁶⁰

En el contexto de este análisis resulta improcedente, entonces, circunscribir el estudio de la expropiación regulatoria a un análisis puramente procedimental y formal, por cuanto en el sistema jurídico anglosajón, el Derecho está configurado en gran medida por el aporte y creación jurisprudencial. Por ello, a continuación analizaremos los fallos más trascendentales sobre la materia, “a fin de cuentas, la regulación expropiatoria es una creación jurisprudencial.”⁶¹

2.1.- El inicio de un concepto: Pennsylvania Coal vs. Mahon.⁶²

Se ha afirmado que este caso “constituye el Madison vs. Marbury de la regulación expropiatoria”⁶³, al ser el primero y más citado de los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos, que se ha referido al tema en análisis.

⁶⁰ Fallos que aspiraban a este ideal de equidad y justicia: *Armstrong vs. Estados Unidos* (364 U.S. 40), en 1960; *Nollan vs. Comisión Costera de California*, en 1987; y *San Diego Gas vs. San Diego*, en 1981.

⁶¹ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 414. El concepto de expropiación implícita resulta medianamente claro desde 1872, año en el cual se falló el caso “*Pumpelly vs. Green Bay Co.*” La yuxtaposición de las palabras “expropiación” y “regulatoria” data, al menos, de la opción del juez supremo Holmes en *Pennsylvania Coal vs. Mahon*. Sin embargo, el término “expropiación regulatoria” aparece originalmente en casos federales y estatales publicados desde el final de la década de 1970. Fue utilizado por primera vez en un fallo de la Corte Suprema en 1981, en el voto de disidencia redactado por el Supremo Brennan en *San Diego Gas & Electric Company vs. City of San Diego*, 450 U.S. 621 (1981). Con anterioridad, este mismo juez había dictado un fallo en el mismo sentido, *Penn Central Transportation Co. vs. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978). La popularidad del término expropiación regulatoria creció enormemente. De hecho, durante 1992 el término fue utilizado en al menos 36 casos federales, 45 casos estatales y en 25 artículos de revistas de derecho y otras 152 publicaciones. Ver más en CARLTON, John. *Takings' Cases Don't Always Favor Takers*. En *Wall Street Journal*, Estados Unidos, 2002. Pág. 12.

⁶² 260 U.S. 393 (1922).

⁶³ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 415.

En efecto, “en este caso la Corte estableció que si bien la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, cuando la regulación va demasiado lejos, este hecho deber ser reconocido como una privación o expropiación.”⁶⁴

Pennsylvania Coal era una empresa que se dedicaba a la minería subterránea de extracción de carbón en Scranton, Estado de Pennsylvania desde 1897. Los derechos sobre los predios superficiales que se encontraban sobre el yacimiento del que Pennsylvania Coal extraía carbón fueron transferidos al padre de la Sra. Mahon, pero reservando los derechos del carbón subterráneo a Pennsylvania Coal.

En 1921, el Estado de Pennsylvania dictó la ley Kohler, que estableció una prohibición para realizar actividades mineras bajo la superficie de un predio que perteneciera a un tercero, cuando esta actividad causare perjuicios a los distintos tipos de usos superficiales como construcción de carreteras, edificios, etc.

Este era el estado de la situación, cuando a la Sra. Mahon en septiembre de 1921 la notificaron que empezarían la explotación minera bajo su predio, ante lo cual ella reaccionó interponiendo una demanda en contra de la empresa invocando la citada ley.

El tribunal de primera instancia falló a favor de la empresa, pero la sentencia fue revocada por la Corte Suprema del Estado de Pennsylvania. La empresa apeló ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, alegando que dicha ley constituía una expropiación inconstitucional de la propiedad.

⁶⁴ LEYTON FLÓREZ, Patricio. *Op. Cit.* Pág. 83.

Finalmente, el Tribunal Supremo Norteamericano acogió la demanda, fallo que fue redactado por el juez supremo Oliver Wendell Holmes.

El párrafo más importante de ese fallo estableció: "... la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación. (...) En general no es común que las desgracias del hombre o sus necesidades vayan a justificar que transfiera estos daños a los hombros de su vecino. Estamos en peligro si nos olvidamos que el fuerte deseo público de mejorar la condición pública no resulta suficiente para garantizar la obtención de este deseo, mediante un atajo distinto a la vía constitucional de pagar por ese cambio..."⁶⁵

"Cabe hacer notar que el supremo Holmes no se refería a que la ley Kohler fuera irracional: él concibió que cuando las calles comenzaran a caerse y hundirse por sí mismas, existiría un costo público que justifica el uso del dominio eminente. Pero el simple traspaso de un test de racionalidad, o aun el análisis costo-beneficio a gran escala, no releva al Estado de su obligación de pagar en un juicio respectivo. Esta obligación no fluye desde el escepticismo de un tribunal acerca de la racionalidad de una ley, sino del sentimiento de injusticia de redistribuir los derechos de propiedad tiempo después de su establecimiento."⁶⁶

2.2.- Exámenes de la Corte Suprema Norteamericana para determinar la existencia de una expropiación regulatoria.

"Desde Pennsylvania Coal – y especialmente desde 1978 – la doctrina de la Corte Suprema ha sido ambivalente en la aplicación de su doctrina.

⁶⁵ 260 U.S. 393 (1922)

⁶⁶ Traducción en DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 424.

Desde su dictación, podemos destacar –al menos– una docena de fallos relevantes en materia de regulación expropiatoria.”⁶⁷

A esta dispersión jurisprudencial, debemos agregar la ausencia de un concepto único de derecho de propiedad en el sistema jurídico anglosajón⁶⁸, lo que complejiza aún más las ya conflictivas reglas existentes para determinar cuándo nos encontramos frente a una expropiación.

A continuación analizaremos los exámenes que ha realizado la Corte Suprema de Estados Unidos para determinar qué casos constituyen uno de expropiación regulatoria y cuáles no, a través del análisis de los fallos más emblemáticos al respecto.

Todo lo anterior, teniendo en consideración que estos criterios, de algún modo, son los que han inspirado la cláusula de expropiación regulatoria en los Tratados Internacionales. Los exámenes identificados por la doctrina son:⁶⁹

A.- El examen de Penn Central de tres factores.

B.- El examen de Agins de dos partes.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ La Corte Suprema Norteamericana ha definido a la “*propiedad*” desde varias perspectivas, entre las más relevantes están como una cosa tangible, como derechos económicamente valiosos creados por el derecho positivo y como derecho adquirido económicamente valioso, es así como el Tribunal Supremo, en lo que se refiere a la definición del derecho de propiedad, según Rodrigo Delaveau, la ha dejado *en un completo desparramo*. No obstante, la Corte no parece particularmente perturbada o consciente de la inconsistencia en sus definiciones de Propiedad. De hecho, la Corte ha dado más de una definición de propiedad en un mismo asunto, como por ejemplo en Williamson County Regional Planning vs. Hamilton Bank 473 U.S.172 (1985), en donde la Corte desechó el caso de expropiación, sin importar si la propiedad expropiada fuera vista como el predio mismo o como el derecho adquirido de los demandantes a construir. *Cfr.* DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 420.

⁶⁹ Criterio de clasificación en DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Págs. 421-430.

C.- El examen de de uso económicamente no viable (que es la segunda parte del examen Agins y la regla *per se* de Loretto.)

A.- El examen de Penn Central de tres factores.

En el caso de Penn Central Transportation Co. vs. New York City⁷⁰, la Corte admitió que en oportunidades anteriores había actuado de una manera esencialmente ad-hoc (caso a caso), pero que a partir de ese momento intentaría establecer una estructura para futuras decisiones, con la identificación de tres factores significativos al momento de establecer la existencia de una regulación expropiatoria, los cuales son:

A.1.- El carácter de la acción administrativa.

En el caso Penn Central, citando a Pennsylvania Coal "...la Corte sostuvo que el gobierno no podría desarrollarse si de alguna manera no pudiera afectar la propiedad sin tener que indemnizar por cada cambio normativo. La Corte a su vez estableció que en muchas áreas las acciones del gobierno afectan valores económicos. Sin embargo, si en un caso particular se puede concluir que al prohibir ciertos usos de una propiedad se

⁷⁰ 483 U.S. 104 (1978). En 1968 se asignó la calidad de hito de la ciudad al terminal ferroviario de Penn Central, por parte de la New York City Landmarks Preservation Commission. Lo anterior, significaba que Penn Central Co. no podía realizar cambios en las características arquitectónicas exteriores, ni hacer reparaciones al edificio terminal, a menos obtuviera el permiso respectivo, especificando los cambios y que éstos no afectarían la arquitectura del terminal. Ese mismo año, Penn Central firmó un contrato de arriendo para que una firma británica construyera sobre el terminal un edificio de oficinas de 55 pisos. Luego de varias negociaciones con la New York City Landmarks Preservation Commission, la solicitud de Penn Central fue rechazada. La empresa apeló al tribunal local de New York, el cual determinó que la decisión de la Comisión constituía una expropiación regulatoria fijando una audiencia para la fijación de sus perjuicios. La causa llegó a la Corte Suprema, donde se rechazó la demanda de la empresa. Quizás uno de los aspectos más importantes de Penn Central, es el intento de determinar una fórmula que sirviera para muchos otros casos, lo cual, según la doctrina estadounidense, estuvo lejos de conseguirse.

puede proteger la salud, la seguridad, la moral o bienestar general, entonces la destrucción de ciertos valores del derecho de propiedad se puede justificar sin compensación.”⁷¹

A.2.- La extensión de la interferencia en relación a las expectativas económicas razonables de la inversión del particular.

Con todo, este factor ha sido interpretado de variadas formas. Por ejemplo, la Corte al aplicar este factor analiza la razonabilidad del reclamo del particular, en directa relación a su detrimento económico, descansa en la expectativa de que el Estado no habría actuado como lo hizo, esto es, que no hubiera privado de la propiedad a su dueño.

Sin embargo, en otras ocasiones ha sido interpretado en relación a si la normativa cuestionada permite o no al particular realizar algún uso razonable de su propiedad. Por último, la Corte ha entendido este factor, equiparando el concepto de *propiedad* al de las *expectativas razonables*.

En algunas oportunidades el Tribunal Supremo “utiliza este factor para preguntarse si el Estado permite al particular realizar cualquier uso razonable de la propiedad. En este caso, la Corte pareciera decir que si algún uso razonable es permitido, entonces no existe expropiación. No obstante, cuando la Corte equipara expectativa razonable con Propiedad, la Corte se está preguntando si el Estado ha privado al particular de cualquier tipo de propiedad, y no si esa privación constituye una expropiación que deba ser indemnizada: la interferencia con las expectativas razonables serán un prerequisite para establecer que nos encontramos frente a una expropiación,

⁷¹ LEYTON FLÓREZ, Patricio. *Op. Cit.* Pág. 83.

si es que la propiedad está defendida en términos de una expectativa razonable.”⁷²

A.3.- El impacto económico de la acción administrativa sobre el particular.

Según la doctrina, respecto a este punto, “una vez más, la Corte no ha sido clara ni consistente en definir este factor.”⁷³

Este examen dice relación con la notable disminución del valor de la cosa, a causa de una regulación de la administración y se originó en el ya citado caso Pennsylvania Coal.

La Corte al idear este factor no establece que *per se* exista expropiación cuando la propiedad disminuye de valor, sino que tan sólo existirá expropiación cuando en conjunto con la disminución notable del valor la propiedad, ésta no pueda ser utilizada de ningún otro modo o uso económicamente viable.

B.- El examen de Agins de dos partes.

El caso Agins vs. City of Tiburon⁷⁴, también constituye uno de los casos emblemáticos de la regulación expropiatoria en la jurisprudencia

⁷² DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 424.

⁷³ *Ídem.* Pág. 427.

⁷⁴ 447 U.S. 255 (1980). Este caso sucedió en el Estado de California, en la ciudad de Tiburon, península montañosa que mira a San Francisco, sus habitantes constituyen el sector más pudiente de todo el Estado. Un dentista llamado Donald Agins, adquirió un sitio sin edificaciones al borde de un risco donde deseaba construir viviendas para sí y otros. Esta zona estaba cubierta por un plan regulador de proyectos unifamiliares de alta densidad, por lo que Agins pensaba desarrollar un proyecto de este tipo de 20 casas en 5 acres. El problema se inició debido a que la ciudad tenía otros planes para el risco e intentó bajar la densidad a través de la compra del risco. Así, se iniciaron los conflictos. Finalmente la ciudad

norteamericana, ya que en éste – tan sólo dos años después de Penn Central – se estableció un nuevo esquema para determinar la existencia de una expropiación regulatoria.

La Corte Suprema rechazó por unanimidad la demanda de Agins basándose, principalmente, en el mismo argumento esgrimido por la Corte de California, este es, que a la propiedad aún le quedaba algo de valor.

Este fallo es relevante, ya que la Corte creó el examen de dos partes estableciendo que si la acción administrativa alcanza a cualquiera de éstas, sería considerada una expropiación regulatoria.

“La primera parte de este examen nos ilustra que ha ocurrido una expropiación si la regulación que rige al predio no adelanta sustancialmente un legítimo interés estatal. Lo anterior, aparece como un equivalente al patrón de mínima racionalidad del debido proceso sustantivo. No obstante, la Corte no explica por qué utilizaron esta materia – que dice relación con el debido proceso – para determinar si había ocurrido o no una expropiación.”⁷⁵

La segunda parte de Agins trata sobre el uso económicamente inviable. Esto se refiere a que no se niegue a los dueños de un predio – a través de la regulación de la propiedad – un uso económicamente viable. En caso contrario se trata de una expropiación regulatoria.

de Tiburon aplicó una nueva ley estatal la cual establecía que todas las nuevas comunidades debían contemplar espacios abiertos. Con esta nueva normativa el proyecto de Agins era viable pero a densidades más bajas que las permitidas previamente en el área. De este modo, la ciudad intentó bloquear tanto desarrollo urbano como fuera posible, en orden a mantener los espacios abiertos. Agins interpuso una demanda en la Corte de California en contra de la ley, y ésta fue rechazada en virtud de que aún quedaba valor en la propiedad de Agins y, por lo tanto, este valor residual era suficiente para satisfacer el examen de balance creado en Penn Central. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema.

⁷⁵ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 427.

Con posterioridad a este caso, la Corte fue ambivalente en la aplicación de las dos partes del examen de Agins, determinando la existencia de expropiación en algunos casos sobre la base de ambas partes, y en otros, sólo considerando la segunda.

Así, en el caso *Keystone Bituminous Coal Assn. vs. DeBenedictis*⁷⁶ se sostuvo [sobre la base de la primera parte del examen de Agins] que existe expropiación si la ley no adelanta sustancialmente un interés legítimo estatal o si no permite al propietario el uso económicamente viable de su predio.

Lo que cabe destacar de *Keystone* es que la Corte interpretó la primera parte de este examen de maneras distintas: tal como en *Agins*, lo equiparó con la racionalidad mínima del debido proceso sustantivo (preguntándose si la normativa había servido a un interés legítimo público), luego la Corte se preguntó si la Administración buscaba prevenir un uso dañino o nocivo del terreno: de este modo la Corte no sólo se preguntó si la Administración promovía el bien común, sino que, además, en un modo particular prevenía una conducta dañina. Finalmente, el Tribunal concluyó que la regulación estaba dirigida contra una actividad perniciosa. Bajo esta lógica se estableció que no había ocurrido expropiación alguna. Sin embargo, bajo el examen de *Agins* de dos partes, la Corte no podía concluir que no se trataba de una expropiación sin preguntarse si la normativa privaría a los particulares de cualquier uso económicamente viable de su tierra. De este modo la Corte terminó encontrando que no había existido expropiación únicamente porque el Estado estuviera previniendo una conducta dañina.⁷⁷

⁷⁶ 480 U.S. 470 (1987).

⁷⁷ *Cfr.* DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 427.

Por otra parte, el segundo examen fue utilizado como el único factor para determinar si una regulación tenía efectos expropiatorios en algunos casos. Así, en *Hodel vs. Irving*⁷⁸, o *San Diego Gas & Electric Co. vs. San Diego*. En este último, el juez supremo Brennan entendió, junto a otros tres jueces, el examen de inviabilidad de la siguiente forma: “Regulaciones de Policía como las ordenanzas de zonas (planos reguladores) y otras restricciones del uso del suelo pueden destruir el uso y el goce de la propiedad en orden a promover el Bien Común, tan efectivamente como una sentencia condenatoria formal o invasión física de la propiedad. Desde el punto de vista del propietario, importará poco si su predio resulta afectado por una condena judicial o inundado, o si resulta restringido por una regulación de usarlo en su estado natural, si el efecto en todos estos casos es la privación de la mismo de los beneficios de ella.”⁷⁹

En conclusión, respecto de este examen “la Corte ha sugerido con frecuencia que una regulación que prive a su dueño de todo uso viablemente económico de su propiedad es necesariamente una expropiación. Ocasionalmente, sin embargo, la Corte ha sugerido que en ciertos casos el Estado puede justificar el privar al propietario de todo uso económicamente viable de su predio, que por equidad no requerirá del pago de una compensación.”⁸⁰

⁷⁸ 481 US 704 (1987).

⁷⁹ 450 U.S. 621 (1981).

⁸⁰ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 429.

C.- El examen de uso económicamente no viable (que es la segunda parte del examen Agins) y la regla per se de Loretto.

Este tercer examen enlaza la segunda parte del examen de Agins, con la regla de Loretto⁸¹ o de “ocupación física permanente” *per se*.

En este caso la Corte introdujo la regla *per se* de que cualquier ocupación física permanente de la propiedad autorizada por el Estado constituía una expropiación regulatoria.

La Corte no ponderó si la acción implicaba un importante beneficio o servicio público o si solo tenía un impacto económico mínimo. “Así, en Loretto la Corte se enfocó no en la justificación estatal de su acción, sino exclusivamente en lo que el Estado había hecho contra el particular. La Corte consideró el daño causado al privado, particularmente serio, no por la cantidad de dinero envuelta en el asunto, sino por la ‘intrusión’ de la acción estatal.”⁸²

⁸¹ Loretto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp. 458 U.S. 419 (1982). En Nueva York existía una ley que requería que los propietarios de residenciales permitieran la instalación de servicios de televisión por cable, se debía pagar a los usuarios una compensación nominal de un dólar. La nueva residente de un edificio, Loretto, se enteró del cableado existente cuando adquirió su departamento en un pequeño edificio de la ciudad y demandó daños y perjuicios en virtud de que la instalación del cableado, sin su consentimiento, constituía una regulación expropiatoria. La Corte de Nueva York dictaminó que la televisión por cable tenía importantes beneficios comunitarios y educacionales, y que ninguno de ellos producía en la Sra. Loretto un impacto económico excesivo, como tampoco producía una privación de sus expectativas razonables de retorno de la inversión. Finalmente la Corte Suprema concluyó que sí existía expropiación, revocando la sentencia de la Corte de Nueva York, al existir una ocupación permanente y física autorizada por la Administración, con independencia de los intereses públicos que ésta buscara. Con este fallo se eliminó categóricamente el examen de balance de Penn Central.

⁸² DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 430.

Esta regla distinguió entre invasiones físicas temporales e invasiones físicas permanentes. Lo importante de esta distinción, es que las primeras ameritan un análisis más complejo y completo para lograr determinar si constituyen una expropiación regulatoria, debiendo recurrir al examen de los tres factores de Penn Central.

2.3.- Relación entre medios y fines: Nollan vs. California Coastal Commission.⁸³

Este caso marcó “el comienzo del cuestionamiento de la Corte Suprema respecto de la relación entre los medios y los fines de la Administración, y cuya demanda fue acogida en la Corte Suprema.”⁸⁴

El fallo, redactado por el juez supremo Scalia, sostuvo que la servidumbre de paso exigida por la comisión no mitigaría el supuesto bloqueo de vista. Por esta razón, la condición de acceso a la playa acrecía de nexo con el propósito original de la regulación. Y en consecuencia, de

⁸³ 483 U.S.825 (1987). Los Nollan eran dueños de un predio en la costa californiana. Ellos querían construir una casa, para lo cual debían solicitar el permiso correspondiente a la Comisión de Costa, la cual tenía la autoridad legal para imponer condiciones de acceso público en los permisos que otorgaba con el objeto de reemplazar las viviendas unifamiliares existentes, solo donde el proyecto propuesto pudiese producir impacto adverso en el acceso público al mar. La Comisión otorgó el permiso bajo la condición de que los Nollan constituyeran una servidumbre pública en la zona que mediaba entre la línea de altas mareas y el muro de la casa, de manera de permitir el paso público a través de la arena seca conectando los parques públicos ubicados al sur y al norte de la propiedad. Los Nollan interpusieron un recurso administrativo en contra de la comisión, el cual fue rechazado atendido que las medidas adicionales de la casa a construir contribuirían al desarrollo de una pared de estructuras residenciales, las cuales prohibirían psicológicamente al público de realizar un recorrido costero el cual tienen derecho a visitar. La Corte de Apelaciones de California rechazó la condición bajo el argumento que el proyecto de los Nollan no impedía el acceso al mar, pero la Corte de Apelaciones respectiva revirtió el fallo sosteniendo que la casa reconstruida contribuiría indirectamente a la necesidad de acceso público como parte de un proceso acumulativo de desarrollo de la línea costera, aun cuando no causare una necesidad por mayor acceso directo.

⁸⁴ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 430.

imponerse la servidumbre constituiría una expropiación para uso público que requeriría un pago compensatorio.

“Este caso se enmarca bajo el comportamiento de la Corte Suprema, en el sentido que esta intenta demostrar que existen ciertos esquemas regulatorios tan cercanos en espíritu al dominio eminente, que deben ser tratados como expropiaciones. Este fallo fue continuamente citado por otros casos posteriores. Se ha afirmado que Nollan nos enseña que la ciudad puede gravar constitucionalmente al demandante para recuperar los costos de externalidades negativas que el incremento de sus actividades económicas puedan causar: sin la demostración de dichas externalidades, la condición en que la ciudad basa sus permisos de construcción es simple extorsión, tal vez no sea necesario para la ciudad el demostrar una correspondencia exacta y matemática entre el peso de la prueba y la carga pública, a pesar de que resulta claro que cualquier impuesto claramente desproporcionado correría en contra de la Quinta Enmienda.”⁸⁵

Especial interés representa este caso, atendido a que utilizando las doctrinas dadas por la misma Corte, ningún tribunal inferior podría haber analizado el caso de la misma manera que lo hizo la Corte.

Así, “...este caso jurisprudencial nos provee de una ilustración de un problema fundamental con la actual doctrina sobre expropiación de la Corte Suprema de EE.UU.: la doctrina no resulta útil para decidir si ha existido o no expropiación, porque no apunta hacia el problema de la equidad que – según la Corte afirma – debe estar en cada caso sobre expropiación.”⁸⁶

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ *Ibidem.*

Hemos observado que, por lo menos en el seno de su nacimiento, esto es la jurisprudencia norteamericana, la regulación expropiatoria no ha logrado obtener una teoría unificada para proveerse de una base con la cual distinguir a ciencia cierta, cuando estaremos frente a un caso de expropiación regulatoria indemnizable y cuando no. A pesar de ello, veremos más adelante, que esta institución extranjera y generada en el seno de un sistema jurídico totalmente distinto al nuestro, ha sido importada por nuestro país a través de los tratados internacionales.

3.- MEDIDAS QUE CONSTITUYEN UNA EXPROPIACIÓN REGULATORIA.

Parte de la doctrina ha criticado la incorporación de cláusulas de expropiación regulatoria, dentro de los Tratados de Libre Comercio y Acuerdos Bilaterales de Protección de las Inversiones, sobre la base de la indeterminada extensión de éstas en el contexto de una alegación por parte de un inversionista frente a la actividad regulatoria del Estado.

Dicho reparo, de igual manera, se podría presentar frente a los reclamos por las regulaciones que afecten a inversionistas nacionales o personas naturales en el ejercicio de sus derechos de propiedad o libertad económica dentro del territorio de la República.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional – como veremos más adelante – ha negado, en términos generales, la aplicación de esta institución en Chile. Ello evidencia, desde ya, un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros (cubiertos por estas cláusulas garantistas) respecto del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por sus actos lícitos de reglamentación.

No obstante la importancia de la delimitación doctrinaria de esta institución, no es pretensión de este trabajo hacer un análisis pormenorizado de las situaciones que pueden o no constituir una expropiación regulatoria. Sin embargo, presentaremos un listado de ciertas acciones y omisiones de órganos del Estado que han sido consideradas expropiaciones regulatorias por parte de algunos de los principales tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión.⁸⁷

1.- *Declaración de zonas protegidas para la conservación.* En el caso *Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos*⁸⁸, organismos del Estado Receptor declararon una zona como protegida a fin de conservar un tipo de cactus. Ello, impidió el funcionamiento de una planta de tratamiento de desechos tóxicos, lo que estaba unido al no otorgamiento de un permiso de construcción, en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión. El CIADI, estableció que el Estado mexicano debía pagar indemnización por haber incurrido en una medida con efectos equivalentes a la expropiación, lo que iba contra las normas del Tratado de Libre Comercio del Norte.

2.- *Interferencia contractual.* En *CME vs. República Checa*⁸⁹, se consideró como expropiación regulatoria, la intervención de una autoridad regulatoria gubernamental, a efecto de permitir que el inversionista nacional diera por terminado un contrato, que fue esencial para que el inversionista extranjero

⁸⁷ En este punto se seguirán las enumeraciones consignadas en GÓMEZ-PALACIOS, Ignacio. *La Forma Moderna de Expropiar*. Latin American Investment & Arbitration Law, Julio, 2006. En línea, [http://www.g-pasoc.com/LATIN%20AMERICA%20INVESTMENT%20B1%20%20MONTHLY_july_06_ok.pdf]. Visitado el día 24 de enero de 2008; y, GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 1 y ss.

⁸⁸ *Metaclad vs. Estados Unidos Mexicanos*, CASO N° ARB(AF)/97/1. En línea, [http://www.economiasnci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/laudo/laudo_español.pdf]. Visitado el día 7 de Octubre de 2007.

⁸⁹ Comentarios de este caso disponible en línea. [<http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article134a.pdf>]. Visitado el día 12 de mayo de 2008.

realizara su inversión. En ese sentido, el tribunal señaló que “la demanda de expropiación se fundamentaba más allá de que el Consejo de Medios expropiara CME por una medida expresa... Las expropiaciones de facto o expropiaciones indirectas, por ejemplo, son medidas que no involucran un acto ablativo patente, pero que neutralizan efectivamente los beneficios de la propiedad del inversionista extranjero... lo que es indiscutido en el derecho internacional.”⁹⁰

3.- *Revocación de licencias o permisos.* En el caso Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos⁹¹, se revocó una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos, lo que fue considerado como una expropiación regulatoria por parte del Tribunal del Tratado de Libre Comercio del Norte.

4.- *Imposición de tributos excesivos o arbitrarios.* En Revere Copper and Brass Inc. vs. OPIC⁹², se consideró que la imposición de tributos que tienen por consecuencia hacer económicamente insostenible la inversión, constituía un caso de expropiación regulatoria.

5.- *Revocación de certificado de zona de libre comercio teniendo por consecuencia la imposibilidad de importar.* Esta fue la situación en Goetz v. República de Burundi.⁹³

⁹⁰ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 2.

⁹¹ Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos dictado por el CIADI, CASO N° ARB (AF)/00/2, Párrafo 118. En línea, [http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Appris/Tecmed/laudo/laudo_Tecmed.pdf]. Visitado el día 7 de Octubre de 2007.

⁹² Revere Copper and Brass Inc. vs. OPIC, dictado por tribunal arbitral ad-hoc. En línea, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=261500&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=92200]. Visitado el día 18 de diciembre de 2007.

⁹³ Goetz v. República de Burundi, dictado por el CIADI, N° ARB/01/2. En línea, [[http://icsid.worldbank.org/ICSID/ServletGoetz and Others vs. Republic of Burundi](http://icsid.worldbank.org/ICSID/ServletGoetz%20and%20Others%20vs.%20Republic%20of%20Burundi)]. Visitado el día 18 de diciembre de 2007.

6.- *Designación de funcionarios.* Esto se refiere a la Imposición de administradores designados por el Estado anfitrión. Así se resolvió en el caso *Starrett Housing Corp. vs. República Islámica de Irán.* Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983.⁹⁴

7.- *Pérdida de control.* La pérdida de control fue suficiente para establecer una determinación de expropiación en *Revere Copper and Brass Inc. vs. OPIC*: “en nuestra opinión las acciones del gobierno jamaicano contrarían los compromisos de largo plazo con RJA, y tienen sustancialmente el mismo impacto en el control efectivo y funcionamiento como si un contrato de concesión hubiera sido incumplido... OPIC argumentó que RJA aún tiene todos los derechos y propiedades que tenía antes de los eventos de 1974; está en posesión de la planta y otras instalaciones; tiene la concesión minera; y podría operar como lo hacía antes. Eso puede ser cierto en un sentido formal, pero... no consideramos que el ‘control’ de RJA en el uso y operación de sus propiedades sea el más efectivo, en vista de la destrucción, por parte de las acciones gubernamentales, de sus derechos contractuales.”

8.- *Expulsión de funcionario clave.* En *Biloune vs. Ghana*⁹⁵ el Tribunal Arbitral consideró que: “dado el rol central del Sr. Biloune en la promoción, financiación y gestión de MDCL, su expulsión del país ha impedido seguir de manera eficaz con el proyecto. A juicio del Tribunal, una situación como esta, para el proyecto aprobado constituiría una expropiación constructiva de los

⁹⁴ *Starrett Housing Corp. vs. República Islámica de Irán*, dictado por el Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983. En línea, [http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_document.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=232100&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=965000]. Visitado el día 10 de diciembre de 2007.

⁹⁵ *Laudo Biloune vs. Ghana*, dictado por tribunal arbitral ad-hoc. En línea, [http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=260700&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php]. Visitado el día 10 de diciembre de 2007.

derechos contractuales de MDCL y, en consecuencia, la expropiación del interés del Sr. Biloune en MDCL.”

9.- Interferencia en los negocios. Así, en *Starrett Housing vs. Irán*, se señaló que “... es reconocido en el derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal punto que estos derechos se ven como tan inútiles que se debe considerar que han sido expropiados, a pesar de que el Estado no pretendiera ello y que la titularidad legal de la propiedad siga siendo formalmente del propietario original.”

De otra parte, en “*Tippetts*”⁹⁶, un caso influyente, del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, se estableció que “una privación o expropiación de la propiedad puede ocurrir, según el derecho internacional, a través de la injerencia de un Estado en el uso de dicha propiedad o con el disfrute de sus beneficios, aun cuando la titularidad legal de la propiedad no se vea afectada.”⁹⁷

En *Tokios Tokelés vs. Ucrania*⁹⁸, por ejemplo, se consideró que “las obligaciones de los Estados con respecto a la propiedad y el uso de ellas están bien establecidas en el derecho internacional... La expropiación de esos bienes incluye no sólo una pura y simple toma de propiedad, sino también cualquier interferencia irrazonable con el uso, disfrute, o disposición de bienes como para justificar la injerencia, por la que el propietario no sea

⁹⁶ Caso referido en GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 6.

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*. En línea, dictado por el CIADI, N° ARB/02/18. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 18 de diciembre de 2007.

capaz de usar, disfrutar o disponer de ellos en un plazo razonable de tiempo después de tal interferencia...”⁹⁹

El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideró que "la privación o expropiación puede ocurrir, según el derecho internacional, a través de la injerencia de un Estado en el uso de dicha propiedad o con el disfrute de sus beneficios."¹⁰⁰

10.- Destrucción de expectativas. El caso Goetz vs. Burundi es ilustrativo en esto, al establecer que “dada... la revocación, por parte del Ministro de Industria y Comercio, del certificado de Zona Franca, [el inversionista] se vio obligado a detener todas las actividades... lo que le privó de los beneficios que podía haber esperado de sus inversiones...; la decisión impugnada puede considerarse como una medida de efecto similar a una medida de privación o restricción de la propiedad...”

Por su parte, en el caso de Metalclad vs. México también se consideró esta situación, al indicar: “... la expropiación de conformidad con el TLCAN incluye no sólo las medidas de privación abiertas, deliberadas y reconocidas, tales como la confiscación pura y simple o de forma obligatoria o la transferencia de la titularidad a favor del Estado receptor, sino también aquella encubierta o incidental que tiene el efecto de privar al propietario, en todo o en parte significativa, del uso o de los razonables beneficios económicos esperados de la propiedad, incluso si ello no tiene un necesario beneficio obvio para el Estado Receptor.”

⁹⁹ Caso referido en GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 7.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

11.- Pérdida importante de valor. Así, en el caso *Occidental Petroleum vs. Ecuador*¹⁰¹, el tribunal consideró estar de acuerdo con el demandante en el hecho de que la expropiación no necesita envolver la transferencia del título de dominio, la que constituye la característica distintiva de la expropiación tradicional bajo las reglas del derecho internacional. También ello podría darse por afectar la valoración económica de un acuerdo. Los impuestos, pueden dar lugar a una expropiación, así como otras medidas regulatorias.

12.- Práctica Estatal inconsistente. Así, en el caso *Metalclad vs. México* el Tribunal tomó en cuenta en su análisis las expectativas que se había generado al inversionista, mismas que fueron subsecuentemente contrariadas por actos y omisiones de autoridades.

Luego de esta enumeración, queda claramente establecida la amplia gama de medidas regulatorias que los tribunales han considerado con efectos equivalentes a la expropiación con la consiguiente indemnización que debe pagar el Estado Receptor de una inversión.

La moderna solución, frente a la indeterminación de esta cláusula – y la consiguiente amplitud del horizonte de aplicación de ellas – ha pasado, más que por definir los límites de esta institución, por la exclusión de ciertas esferas regulatorias como posibles de ser analizadas a la luz de la doctrina de las expropiaciones regulatorias. Con todo, aún persiste una amplia zona gris, que los tribunales internacionales caso a caso van a ir perfilando a través de sus resoluciones.

¹⁰¹ *Occidental Petroleum vs. Ecuador*, dictado por tribunal arbitral ad-hoc. En línea, [http://www.oilwatch.org/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=225&limit=1&limitstart=2&lang=es]. Visitado el día 17 de octubre de 2007.

De lo anterior, se puede desprender que – al menos en el contexto de inversiones extranjeras amparadas por Tratados de Libre Comercio o Acuerdos de Protección de Inversiones –, tanto los gobiernos como los inversionistas extranjeros deben permanecer atentos; los primeros para evitar el riesgo a ser demandados y los segundos para ampliar su visión y analizar la posibilidad de que actos aislados, como los señalados anteriormente, puedan ser utilizados para llevar a cabo una reclamación exitosa.

CAPÍTULO DOS.

TRATAMIENTO DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN EL CONTEXTO NACIONAL.

1.- DERECHO DE PROPIEDAD.

1.1.- Evolución del concepto de derecho de propiedad.

El concepto de propiedad es, por cierto, en extremo equívoco. Desde la perspectiva jurídica, esta equivocidad se ve limitada, pero continúa estando presente. De hecho, “sigue significando dos cosas distintas: por una parte, la cosa poseída por un hombre o un grupo de hombres; por la otra, el derecho que ejercen los hombres sobre dichas cosas, es decir, lo que los antiguos juristas romanos llamaron el *dominium*.”¹⁰²

En Roma antigua, el *dominium* era un poder. “La palabra deriva de *dominus*, el señor que ejerce su autoridad en su casa (*domus*), y se vincula con el verbo *dominor*, dominar, y con el nombre abstracto *dominatio*, dominación.”¹⁰³

El término *propietas* se empezó a usar, como su equivalente actual, sólo en la época imperial. Mientras el objeto sobre el que recaía el derecho de dominio, se denominó *res*, evitando de ese modo la equivocidad del concepto.¹⁰⁴

¹⁰² BARCELÓ, Joaquín. *Acerca del Fundamento del derecho de propiedad*. En Revista del Centro de Estudios Públicos, N° 52, Santiago de Chile, 1993. Pág. 248.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ En estricto rigor, la distinción también se encuentra hoy presente. Hay una diferenciación dogmática entre el *derecho de dominio o derecho de propiedad* y la *cosa* objeto de ese derecho.

“Se ha señalado como notas características del dominio en el derecho romano justiniano – es decir, cuando ya habían decantado las diversas especies de propiedad: quiritaria, bonitaria, de los peregrinos, de las res mancipii y de las res nec mancipii – la exclusividad, la ilimitación y la perpetuidad.”¹⁰⁵

En el régimen feudal, la propiedad territorial se confundía con el poder político militar (*imperius*), “de manera tal que el ejercicio del derecho de propiedad se vinculaba, al menos en teoría, con el bien común, en cuanto finalidad última perseguida por la vida política.”¹⁰⁶

El *señor*, en el desarrollo evolutivo de las diversas instituciones feudales, no pierde el *dominio eminente* sobre los territorios enfeudados, en ningún momento, por lo que podía disponer libremente de ellos.

No obstante lo anterior, debemos hacer notar que en esta época las características de exclusividad, ilimitación y perpetuidad, “se desdibujan, a través de un desdoblamiento de facultades entre el titular del dominio y el efectivo poseedor y usufructuario, al tiempo que aparecen formas colectivas o comunales de propiedad.”¹⁰⁷

Posteriormente, en el siglo XII, con el resurgimiento de la industria manufacturera, y la consiguiente acumulación de riquezas en manos de artesanos, comerciantes, banqueros y abogados, adquirió énfasis el rasgo individualista de la propiedad. De este modo, “la tenencia de la tierra dejó de

¹⁰⁵ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV, N° 2, Santiago de Chile, 1987. Pág. 57.

¹⁰⁶ BARCELÓ, Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 252.

¹⁰⁷ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Op. Cit.* Pág. 58.

estar vinculada con la autoridad política para transformarse en propiedad individual de los miembros de la naciente burguesía.”¹⁰⁸

Ya entrado el siglo XVII, en Inglaterra, la propiedad se entendía como “un derecho sobre las cosas que podía ser arbitrariamente ejercido también por individuos y que es, a su vez, objeto del comercio; su esencia consistía en la exclusión del derecho de otros al uso y goce de las cosas poseídas.”¹⁰⁹ En este sentido, al Estado le correspondía la función de garantizar y defender la propiedad de la persona, lo que tuvo enormes consecuencias sociales en el contexto de la revolución industrial posterior.

Ahora bien, el gran paso en la formulación teórica filosófica del derecho de propiedad, estuvo dado en el marco de la Revolución Francesa, toda vez que obtuvo su consagración como un derecho inalienable, en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, en los siguientes términos:

“Art. 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión;

*Art. 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.”*¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibídem.*

¹⁰⁹ *Ibídem.*

¹¹⁰ *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. En línea, [http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano]. Visitado el día 20 de noviembre de 2007.

Por su parte, el art. 544 del Código Civil Napoleónico de 1804 estableció:

“La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue dans les conditions fixées par les lois et règlements.”¹¹¹

No obstante lo anterior, “en el siglo XIX, la reflexión se centró en la función social de la propiedad de bienes”¹¹², ello luego de identificar los abusos que permitía la concepción irrestricta del derecho de propiedad individual.

En este contexto, se estableció la clásica disputa entre *libertad e igualdad*, respecto de lo que se ha afirmado que “aun los esfuerzos del liberalismo por erradicar la idea de un Estado benefactor y por reducir las atribuciones de la institución a la mera defensa de los ciudadanos contra eventuales violaciones de sus derechos, no lograron alcanzar la plenitud de su objetivo. Después de la independencia de los Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa, el ‘espíritu de igualdad’ ha prevalecido en el mundo occidental.”¹¹³

A partir de estas premisas, y en un contexto de producción acelerada sin una protección social paliativa de la situación desmejorada de los *no propietarios*, se establece el piso fértil para la denominada cuestión social.

¹¹¹ “*La propiedad es el derecho a gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se efectúen usos prohibidos por las leyes o reglamentos.*” Traducción de los autores.

¹¹² BARCELÓ, Joaquín. *Op. Cit.* Pág. 259.

¹¹³ *Ídem.* Pág. 262.

Este elemento, sirvió de base para un replanteamiento en el estatuto del derecho de propiedad privada.

Las ideologías socialistas, tomaron el tema de la propiedad, como parte fundamental de su discurso. Pero, la preocupación por un estatuto del dominio corregido y, la consiguiente propuesta de limitaciones al régimen de propiedad privada en el siglo XIX, no se restringieron a esta línea de pensamiento.

Así es el caso de varios juristas alemanes. “Para Adolph Wagner, por ejemplo, la propiedad no es un concepto absoluto y abstracto, sino una ‘institución socio-legal’, un derecho que se ha desarrollado históricamente en función de las cambiantes relaciones sociales.”¹¹⁴

Desde el punto de vista sociológico del derecho, “la función social de la propiedad no se incorpora al sistema jurídico de occidente por un sentimiento humanitario o altruista en beneficio de los desposeídos, sino bajo la presión de éstos – en la medida en que fueron prevaleciendo en los cuerpos electorales – para evitar los abusos evidentes del derecho absoluto de propiedad y para posibilitar determinadas políticas públicas y acciones del Estado en beneficio de sectores desposeídos de la sociedad.”¹¹⁵

En el siglo XX, la denominada doctrina social de la Iglesia, formulada sobre la base de la encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII, consideró que la propiedad privada era un derecho natural del hombre, pero con una corrección, cual es que las cosas sometidas al régimen de propiedad privada deben ser usadas como si fuesen comunes.

¹¹⁴ *Ídem*. Pág. 263.

¹¹⁵ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Op. Cit.* Pág. 60.

No obstante el peso categórico con que se observó la propiedad en esta doctrina, ha habido posteriores modificaciones en el pensamiento católico, sobre todo en lo que se refiere a la desmitificación de que por ser un derecho natural, ésta fuera absoluta e intangible.

La configuración de las limitaciones actuales al derecho de propiedad, por tanto, tienen un marcado contenido histórico que no puede obviarse. Así, el profesor Mohor, señala que “este tipo de limitaciones nacen al calor de las presiones de las doctrinas socialistas y de la doctrina social de la Iglesia para evitar los excesos del individualismo y... su establecimiento prácticamente responde a la necesidad de asegurar la sobrevivencia de la propiedad privada frente a los embates de la ideología comunista... podemos concluir que el elemento histórico proporciona una seria fundamentación adicional a la argumentación.”¹¹⁶

Dentro de los diferentes aspectos tratados en este apartado, surge la necesidad de detenerse en dos de las más importantes correcciones que se han formulado respecto del derecho de propiedad entendido como un derecho individual de corte irrestricto: la doctrina del *abuso del derecho* y la idea de la *función social* de la propiedad.¹¹⁷

¹¹⁶ MOHOR ABUAUAD, Salvador. *Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho de Indemnización*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 16, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1989. Pág. 295.

¹¹⁷ Esta evolución del derecho de propiedad, ha sido recepcionada también por el derecho chileno. Sin embargo, entendemos que la consagración de éste derecho, en el contexto de la historia republicana de nuestro país, nunca ha sido una del tipo *irrestricto o absoluto*. Así, coincidimos con Varas, quien en este sentido afirma: “...ni siquiera el Código Civil, en el que se cristalizan paradigmáticamente las ideas liberales del siglo XIX, resultado del ideario de la Revolución Francesa, consagra el derecho de propiedad como un derecho absoluto e irrestricto. La propia definición del Código Civil indica que el derecho de propiedad puede ejercerse arbitrariamente, pero respetando la ley y los derechos de terceros.” VARAS BRAUN, Juan Andrés. *Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad. Una mirada desde el Derecho Civil*. En Revista de Derecho, vol. 9, Valdivia, Chile, 1998. Pág. 142.

Ambos institutos – abuso del derecho y función social – están en la base de las (de)limitaciones del derecho de propiedad que cada país determina. Ello deja de manifiesto la importancia de su contextualización frente al objeto de nuestro estudio: las expropiaciones regulatorias.

1.1.1.- Teoría del abuso del Derecho.

Esta idea comenzó a penetrar tímidamente en la jurisprudencia francesa a fines del siglo XIX, a través de los importantes trabajos de Josserand y Saleilles, quienes provocaron una renovación en el pensamiento jurídico contemporáneo y un florecimiento de la teoría del abuso del derecho, que se proyectó en numerosos cuerpos legales, generándose desde entonces un desarrollo importante.¹¹⁸

Una aclaración previa es necesaria: lo cierto es que cuando se habla del *abuso del derecho*, en el contexto del derecho de dominio, no se refiere al derecho en sí, sino más bien al ejercicio del mismo. En otros términos, nos referimos al derecho subjetivo contextualizado en su ejercicio.

Los excesos que podían derivarse del uso arbitrario de la propiedad, sobre la base de su carácter absoluto e ilimitado, hicieron que diversos juristas analizaran el contenido del derecho en sí, mediante la figura del abuso del derecho (institución más bien del orden de los principios generales de derecho, antes que una forma de limitación *strictu sensu* al derecho de propiedad). Lo cierto es que “la tesis de que el propietario no había de rendir

¹¹⁸ No obstante lo anterior, como sucede con la mayor parte de las instituciones jurídicas, se ha discutido su origen. Algunos encuentran datos, ya incluso en el derecho romano, como ocurre con la cita de Paulo contenida en el Digesto: *no todo lo lícito es honorable*.

cuenta a nadie por sus actos, por inconfesables y abusivos que ellos fueran, despertó inquietud en muchos juristas de criterio abierto.”¹¹⁹

Fue Josserand quien trabajó con esta noción a finales del siglo XIX.¹²⁰ Este autor planteó que los derechos subjetivos no permitían a sus titulares sino un ejercicio realizado en forma coincidente con los fines sociales, es decir, los conducentes a la justicia y a la convivencia armónica de los miembros en comunidad. Considerando externamente el derecho de propiedad, lo veía como egoísta, pues perseguía la satisfacción del interés serio y legítimo del propietario, constituyendo en él, el justo motivo. Si el propietario se apartaba del móvil legítimo, realizando con la cosa actos que no le reportaran utilidad alguna y que causaran perjuicio a otro, comprometía su responsabilidad, pues realizaba un acto abusivo.¹²¹

De este modo, la institución del abuso del derecho respecto del derecho de propiedad, en principio, lo restringe, aunque dejando en realidad incólume el contenido patrimonial del mismo, que sigue manteniendo su carácter de ilimitado y absoluto. Esto, en razón que para que opere esta figura, deben reunirse en la acción que ejercita el derecho, dos requisitos copulativos, a saber: a) que la acción provoque un daño a otro, y b) que la acción no le reporte utilidad al propietario.

¹¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003. Pág. 33.

¹²⁰ La formulación por cierto no fue pacífica. Los juristas de pensamiento liberal vieron en la consagración eventual de este principio, un atentado a sus concepciones sobre los derechos subjetivos. Así por ejemplo, Planiol, señaló que en la denominación de la teoría se contenía una verdadera logomaquia, porque si hay “abuso”, no hay “derecho”; de este modo, existiría una contradicción fundamental entre los dos términos que integran la denominación que se da a la teoría. Sostenía, además, que no puede jamás concebirse el uso abusivo de un derecho, ya que un mismo acto no puede ser simultáneamente conforme y contrario a derecho. *Cfr.* MOISSET, Luis. *El Abuso del derecho*. En línea, [<http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>]. Visitado el día 7 de julio de 2007. Págs. 1 y 2.

¹²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. Cit.* Pág. 34.

Ahora bien, tanto el *daño* como la *utilidad* que exigía la doctrina del abuso del derecho para ser operativa, estaban desprovistos de un carácter objetivo, por cuanto su umbral aplicativo se encontraba en los *móviles legítimos conformados por elementos de paz social o armonía comunitaria*.

De ahí que “muchos autores italianos prefirieron darle una formulación más objetiva, que haga fácil su aplicación práctica; conforme a ella, no sería necesaria la prueba de que el propietario obró con *animus nocendi* (intención de dañar); bastaría un juicio objetivo de proporcionalidad entre la utilidad para el dueño y el daño o molestia para un tercero y, que el propietario obrara a conciencia de los efectos de su acto.”¹²²

Por otro lado, la doctrina del abuso del derecho tiene otro aspecto de importancia. Si bien es más amplio, en el sentido de ser un principio de aplicación general y no sólo circunscrito al derecho de propiedad, es a su vez, más restringido ya que aunque inspirado en el interés social, queda reducido en su aplicación a individuos determinados que se ven perjudicados por la actuación arbitraria de otro titular también determinado.¹²³

¿Cuándo hay abuso del derecho?

Hay principalmente dos sistemas para explicar cuando el ejercicio del derecho es abusivo:

- Modelo objetivo. Hay abuso de derecho cuando se ejerce contrariamente al objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se desvía

¹²² *Ídem*. Pág. 35.

¹²³ *Ídem*. Pág. 40.

del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento;

- Modelo subjetivo. Se refiere a la subordinación – en el ejercicio de un derecho – del orden jurídico al orden moral; por eso la ley califica de abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, o cuando existe un actuar doloso o culposo. Dentro de esta corriente podemos distinguir algunos subgrupos diferenciados por ciertos criterios:¹²⁴

a.- Intencionalidad. Hay abuso cuando se actúa con intención de perjudicar al prójimo.

b.- Negligencia. Hay abuso cuando el actuar del sujeto, al ejercitar su derecho y ocasionar con ello un perjuicio a otro, sea de carácter culposo.

c.- Falta de interés legítimo. Relacionado con la fórmula de Von Ihering que caracterizó el derecho subjetivo como un interés legítimo, jurídicamente protegido. La falta de interés no se refiere solamente a aspectos económicos, comprendiendo cualquier tipo de beneficio que pudiese obtener con el ejercicio de sus derechos.

d.- Ejercicio contrario a la función económica y social. Suele atenderse a los fines de carácter económico y social que se habían tenido en mira al dictar las normas o regular ciertas instituciones, estimando que así como ningún derecho es absoluto, tampoco puede serlo su ejercicio, y que resultaría abusivo el comportamiento del titular si

¹²⁴ Cfr. MOISSET, Luis. *Op. Cit.* Pág. 4 y ss.

excediese los límites fijados por el legislador al reconocerle ese derecho.

e.- Ejercicio contrario a la moral o a las buenas costumbres.

1.1.2.- Función Social del Derecho de Propiedad.¹²⁵

“El derecho de propiedad privada ha experimentado, como es sabido, una profunda evolución, que, desde la concepción liberal e individualista (clásica, básicamente civil), llega a su concepción actual, que destaca la función social que este tipo de derecho subjetivo ha de cumplir.”¹²⁶

La función social de la propiedad – que se estableció morigerando el estatuto del derecho de propiedad de contenido eminentemente individualista que los códigos civiles clásicos y sus intérpretes le habían dado – comenzó a consagrarse “más que en los códigos civiles, en las Cartas Constitucionales

¹²⁵ En este trabajo no nos detendremos en la discusión doctrinaria que plantea a la propiedad como una *función* o como un *derecho subjetivo*. De la primera, su mayor exponente fue Duguit, que señaló: “El detentador de una riqueza carece de derecho sobre ella; se da aquí una mera situación de hecho que le obliga a realizar una cierta *función social*; y su apropiación es protegida en la medida, y solamente en la medida, en que él la cumple... El legislador puede pues, imponer a la propiedad individual las limitaciones que sean conformes con las necesidades sociales que ella provee. La propiedad no es un derecho intangible y sagrado, sino un derecho que continuamente cambia, que debe moldearse según las necesidades sociales que viene a satisfacer”. DUGUIT, León. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*. Primera Edición, París, Francia, 1908. Pág. 148. La pregunta que surge de inmediato dice relación con si ¿la propiedad es o tiene una función social? Se ha dado por respuesta por la mayor parte de la doctrina de la segunda forma, afirmando que la propiedad es, *per definitionem*, un derecho subjetivo que *necesariamente tiene* – o debería tener al menos- una función social. El gran argumento empleado es que “en la función, el sujeto investido de ella es un órgano de actuación del interés público. En el derecho subjetivo el titular, en cambio, actúa, fundamentalmente, en su propio interés”. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Op. Cit.* Pág. 63. En síntesis ha primado la postura en que la propiedad, ontológicamente, se ha entendido como un derecho subjetivo, y la función social aparece como un importante correctivo a los abusos que de ello pueda derivarse.

¹²⁶ LÓPEZ PELLICER, José A. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tomo II, Editorial DM, España, 2002. Pág. 193.

europeas y americanas, que en el siglo XX... han insertado declaraciones y garantías que envuelven, con respecto al dominio, un sentido de reacción contra los excesos del individualismo, viniendo a modificar sustancialmente el criterio mantenido hasta entonces por las legislaciones civiles.”¹²⁷

No se debe creer, en todo caso, que el establecimiento de esta institución estuvo exento de críticas. Ellas vinieron tanto de parte de los que se encontraban en una situación ventajosa económicamente hablando, como de ciertos teóricos del derecho.

Así podemos notar como Ripert haciendo alusión a la función social, señaló que “la doctrina de la función social encubre una posición hipócrita que se utiliza por quienes quieren conciliar las ventajas del régimen capitalista con las enseñanzas de la Iglesia sobre la posesión de bienes... quienes quieren endulzar el dogmatismo de la doctrina colectivista con el mantenimiento de la propiedad privada.”¹²⁸

Por su parte, tanto August Comte en el siglo XIX, como Duguit en el siglo XX emplearon esta expresión como parte de sus explicaciones del derecho civil.

Con todo, la idea contemporánea respecto de lo que entendemos por *función social*, la encontramos en la Constitución de Weimar, que en su párrafo 152, apartado final, señala:

¹²⁷ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Op. Cit.* Pág. 62.

¹²⁸ RIPERT, Georges. *Le déclin du Droit. Études sur la législation contemporaine.* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, Francia, 1949. Págs.192-197.

“La propiedad obliga. Su uso debe estar a la vez al servicio del bien común.”¹²⁹

En este sentido, hay que visualizar que el derecho de propiedad tiene en su contenido, no sólo facultades (uso, goce y disposición), sino que también deberes u obligaciones para su titular. Particularmente, estos deberes tienen su origen en la contextualización de este derecho dentro de un marco comunitario.

La denominada *función social* del derecho de propiedad, dice relación con estos “deberes u obligaciones del titular para con la comunidad, que se conciben como algo que forma parte del contenido del derecho, como una dimensión institucional de su propia esencia, ínsita en su propio contenido y no como algo que le venga impuesto externamente.”¹³⁰ La propiedad, por tanto, faculta y a la vez obliga.

En otros términos, “el titular del dominio tiene siempre una esfera en la cual puede imponer su voluntad, pero que está en la necesidad de respetar determinadas limitaciones en interés de otros en cuyo favor la función está instituida.”¹³¹

De este modo, “la función social de la propiedad es más que una limitación o una carga que se le impone a ésta desde afuera, pues pasa a constituirse en un elemento esencial de lo que toca al propietario y, en tal sentido, entra a formar parte integrante del contenido de la propiedad

¹²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. Cit.* Pág. 36.

¹³⁰ LÓPEZ PELLICER, José A. *Op. Cit.* Pág. 194.

¹³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. Cit.* Pág. 36.

conforme al concepto moderno. Hoy día la propiedad es a un tiempo derecho y deber.”¹³²

“Por medio de la función social de la propiedad las Constituciones y legislaciones modernas tratan de resolver ‘la cuestión social’, y alcanzar una forma de organización jurídico-institucional que les permita solucionar las múltiples contradicciones económico-sociales en que viven buena parte de las sociedades de hoy. Mediante ella se quiere evitar que subsista un concepto tradicional de propiedad que sea expresión de los intereses puramente egoístas del *dominus*.”¹³³

Lo anterior “nos lleva a concluir que la función social es una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. Se funda en ella la libertad del individuo y las facultades que la propiedad concede, con la obligación de hacer uso de ellas de manera conveniente al interés social, absteniéndose de lo que perjudica a éste y cumpliendo las actividades que él reclama. En consecuencia, la función social puede limitar a la propiedad, pero también puede determinarla activamente.”¹³⁴

Por lo tanto, “con la función social queda excluida la legitimidad de todos las manifestaciones del dominio que puedan entrar en conflicto con los intereses generales de la sociedad.”¹³⁵

¹³² *Ídem. Op. Cit.* Pág. 37.

¹³³ *Ibidem.*

¹³⁴ *Ibidem.*

¹³⁵ *Ibidem.*

1.2.- Estatuto de la propiedad en el derecho chileno.

1.2.1.- Desarrollo histórico del derecho de propiedad en Chile.

En el contexto de la historia republicana de Chile, podemos apreciar una serie de etapas en el tratamiento del estatuto de la propiedad, que dan cuenta del panorama, de las diversas corrientes ideológicas imperantes en cada una de ellas.

Diversos autores, como “José Luis Cea, Enrique Evans de la Cuadra y Pedro José Rodríguez contemplan básicamente como etapas: una que podría denominarse Propiedad Privada Libre o individualista (1833-1925)¹³⁶; después, una de Propiedad Privada Limitada (1925-1967), que en 1967 pasaría a otra de Propiedad Privada Social (1967-1971); finalmente la etapa actual, producto del quiebre de 1973, cristalizado en los textos constitucionales de 1976 y 1980.”¹³⁷

La *función social* en el desarrollo constitucional chileno “es introducida por el constituyente en la reforma de 1967 a la Constitución de 1925, facultándose a la ley para imponer a la propiedad limitaciones y obligaciones destinadas a asegurar su *función social* y hacer el dominio accesible a todos.”¹³⁸

¹³⁶ En esto, recordar la idea de nota al pie de página N° 125, en el sentido que en Chile republicano nunca se ha reconocido un derecho de propiedad absoluto completamente, toda vez que la consagración primaria en el Código Civil del mismo, en el art. 582 reconoce la limitación de la ley y el derecho de terceros.

¹³⁷ RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar. *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la Propiedad Privada*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 23, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, año 1996. Págs. 23-24.

¹³⁸ ESCARATE PICA, Karin Isabel. *Aspectos Constitucionales de una legislación sobre conservación y uso de suelos en Chile, en cuanto limitación al derecho de propiedad derivada de su función social*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias

Luego de esta formulación tan amplia de los conceptos limitativos del dominio, que dio pie a las consecuencias que ya todos conocemos, la Constitución de 1980 redujo el ámbito en que pueden imponerse limitaciones u obligaciones al dominio.

De este modo, se crea un importante núcleo del derecho de dominio. Cuando se relaciona armónicamente el articulado constitucional, esto surge de modo evidente.

El 19 N° 24 inciso 1 reconoce *el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*. Agregando, a continuación, una fuerte protección a los atributos esenciales del dominio mediante la denominada técnica de reserva legal. Así, señala en sus incs. 2° y 3°:

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

De este modo, la limitación al derecho de propiedad en cuanto a sus atributos no es cuestionada, pero si condicionada al cumplimiento del requisito formal de que tal regulación se establezca por ley, y algunos requisitos de fondo.¹³⁹

Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor guía Miguel Ángel Fernández González, Santiago de Chile, 2004. Pág. 27.

¹³⁹ Hace excepción a esto la limitación por vía de decreto supremo, en determinados estados de excepción constitucional, tratados en los arts. 39 y ss. de la Constitución.

Sin embargo, el panorama no está completo si no es considerado a su vez el art. 19 N° 26, que refuerza el contenido de los derechos al establecer:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

1.2.2.- Atributos del derecho de Dominio.

La doctrina civil, en nuestro país ha enumerado las características del derecho de propiedad, sobre la base del art. 582 inc. 1 del Código Civil, que establece:

“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno.”

A partir de esto, los autores nacionales han desprendido las siguientes características del dominio:¹⁴⁰

- Es un derecho real: se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona y está amparado por la acción reivindicatoria.¹⁴¹

¹⁴⁰ Al respecto, las enumeraciones de los atributos del dominio varían en cada uno de los autores consultados. No obstante lo anterior, hay una coincidencia respecto de los más importantes. “La doctrina civil está relativamente conteste en postular que los atributos (o caracteres) esenciales del derecho de dominio son su calidad de derecho real, su generalidad, su perpetuidad y su exclusividad.” VARAS BRAUN, Juan Andrés. *Op. Cit.* Pág. 139. En el mismo sentido, RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Op. Cit.* Pág. 69.

- Es un derecho absoluto, en el sentido que se ejerce de modo arbitrario y discrecional, sin más límite que las regulaciones establecidas por ley y los derechos ajenos.¹⁴² Aunque algunos autores entienden por este atributo la comprensión total de las facultades que se pueden ejercer sobre una cosa: uso, goce y disposición, otorgándole a su titular el máximo de utilidad.¹⁴³
- Es un derecho perpetuo, es decir, que no se extingue por el no ejercicio ni por el transcurso del tiempo.
- Es un derecho independiente, en tanto no presupone la existencia de otro derecho real para poder ejercerlo.
- Es un derecho exclusivo y excluyente, es decir, sobre una cosa recae sólo un dominio y se ejerce de modo privativo por su o sus titulares.
- Es un derecho inviolable, pues nadie puede ser privado de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sino en la forma y con los resguardos prescritos por la ley.¹⁴⁴

En esta línea, se ha afirmado que “la propiedad es el más amplio y completo de los derechos reales porque otorga a su titular la plenitud de las facultades que se puede tener sobre una cosa.”¹⁴⁵

¹⁴¹ PFEFFER URQUIAGA Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Derecho Constitucional*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 2002. Pág. 308.

¹⁴² “En cuanto al derecho ajeno, la restricción más fuerte está dada por la concurrencia simultánea de varios derechos reales sobre una misma cosa (usufructo, fideicomiso, servidumbre, etc.). Otros derechos que limitan la propiedad son los derechos de vecindad, que se asimilan a las servidumbres.” BARROS, Enrique. *Apuntes del curso de Derecho Civil II*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1996. Pág. 16.

¹⁴³ PFEFFER URQUIAGA Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Op. Cit.* Pág. 308.

¹⁴⁴ *Ídem.* Pág. 309.

¹⁴⁵ *Ídem.* Pág. 308.

1.2.3.- Facultades del Derecho de Dominio.

De otra parte, se ha enunciado también las facultades esenciales a que da lugar el derecho de propiedad, las que conforme a la doctrina clásica son: facultad de uso o *ius utendi*, facultad de goce o *ius fruendi*, y facultad de disposición o *ius abutendi*.

Estas facultades – hoy en entredicho por la doctrina moderna que considera que “el dominio no daría lugar a la posibilidad de enumerar sus facultades, porque sería un todo que no podría ser enumerado, siendo una abstracción de facultades y no una concreción de las mismas”¹⁴⁶ – corresponden a lo que doctrina denomina “*facultades materiales del dominio*”, en contraposición a las *facultades jurídicas*.

Facultades Materiales: Son aquellas potestades que permiten al dueño de una cosa ejercer actos físicos o materiales sobre ellas, o en palabras del profesor Alessandri, las que se realizan mediante actos materiales que permiten el aprovechamiento del objeto del derecho.

a.- *Ius utendi*: da derecho al propietario para utilizar o servirse de la cosa según su destino natural.

¹⁴⁶ ESCARATE PICA, Karin Isabel. *Op. Cit.* Pág. 31. En este sentido, cabe destacar también la jurisprudencia pertinente al efecto, que ha establecido: “*Los atributos o facultades esenciales a que se refiere el art. 19 N° 24 de la Constitución no pueden entenderse limitados a los derechos de disponer, usar y disfrutar que implícitamente están comprendidos en el derecho real de dominio, porque existen otros según sea la naturaleza del bien sobre que recae el derecho de dominio.*” Fallo de La Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de noviembre de 1992. “Frias Brunet, Sergio con Tesorero General de la República”, Recurso de Protección. En Gaceta Jurídica, N° 149, noviembre, 1992. Pág. 129.

b.- *lus fruendi*: aquella en virtud de la cual el dueño de la cosa tiene derecho a hacerse dueño de los frutos (civiles o naturales) y productos a que de lugar la misma.

c.- *lus abutendi*: “es el elemento que distingue al dominio de otros derechos reales que tan sólo habilitan a sus titulares para usar o gozar de la cosa... consiste en la prerrogativa del dueño para hacer con la cosa lo que le plazca, es decir, abusar jurídicamente de ella, enajenándola o materialmente consumiéndola o transformándola.”¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

Facultades jurídicas: “son todas aquellas potestades a que da lugar el dominio, en virtud de las cuales el dueño puede realizar actos jurídicos en relación con la cosa objeto de su propiedad. Estos actos jurídicos, que consisten en actos jurídicos de disposición o enajenación, permiten al dueño desprenderse del derecho que tiene sobre una cosa determinada, haciéndola pasar a un tercero sea por acto entre vivos o *mortis causa*.”¹⁴⁹

1.2.4.- Límites y Limitaciones al Derecho de Propiedad en Chile.

1.2.4.1.- Requisitos para la procedencia de limitaciones.

El derecho de propiedad puede ser limitado en el ordenamiento jurídico nacional, si y sólo si se cumple con que las limitaciones:

¹⁴⁷ Las expresiones latinas respecto de las facultades del dominio, las encontramos en los *Digesta*, que definieron el *dominium* como el derecho de usar, gozar y abusar de su cosa en la medida en que lo admita la razón jurídica (*dominium est jus utendi, fruendi, abutendi re sua quatenus juris ratio patitur*).

¹⁴⁸ PFEFFER URQUIAGA Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Op. Cit.* Pág. 309.

¹⁴⁹ ESCARATE PICA, Karin Isabel. *Op. Cit.* Pág. 33

- a.- Se establezcan por ley.
- b.- Deriven de la función social del derecho de propiedad.
- c.- No afecten el derecho de propiedad en su esencia.

El análisis de cada uno de estos elementos es fundamental, toda vez que su contenido determina el marco de legitimidad y legalidad para las limitaciones que se establezcan respecto del derecho de propiedad. O dicho de otro modo, el establecimiento de una regulación conforme a derecho respetando el área de restricción constitucional, en la que sólo podría actuar el legislador mediante ley expropiatoria y no a través de la regulación.

1.2.4.1.1.- Reserva Legal.

Por reserva de ley, la doctrina entiende aquel “mandato constitucional en virtud del cual ciertas materias deben ser reguladas solamente por la ley, excluyendo normas de rango inferior.”¹⁵⁰

“Históricamente, dos han sido los modelos desarrollados de reserva legal, el alemán y el francés. El primero de ellos, establece que el legislador está capacitado para intervenir en cualquier materia, siendo este principio, un medio para garantizar la supremacía de la ley. Por su parte, el modelo francés, considera que el legislador sólo puede intervenir en las materias taxativamente señaladas por la Constitución.”¹⁵¹

¹⁵⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En línea, [<http://www.rae.es>]. Visitado el día 1 de febrero de 2008. Optamos por esta definición preliminar, en tanto tiene los elementos definitorios de su significado, sin entrar a prejuzgar si ello debe hacerse a través de la consagración de un sistema de dominio legal mínimo o máximo, ni tampoco si en la aplicación del principio, este debe ser aplicado restrictiva o extensivamente.

¹⁵¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003. Pág. 169.

El ordenamiento constitucional chileno sigue el modelo francés, toda vez que el art. 63 de la Constitución Política de la República, en adelante CPR, establece una serie de materias taxativas abiertas que por ley deben ser reguladas. A éstas, se debe adicionar la vinculación directa del legislador a los derechos constitucionales y la garantía de contenido esencial de éstos, contenida en el art. 19 N° 26 de la CPR.

La reserva legal que debe operar respecto de una regulación al estatuto de la propiedad en Chile, se establece de la coordinación del art. 19 N° 24 inc. 2 con el art. 19 N° 26 y el art. 63 N° 2¹⁵². El último de los cuales, establece:

Art. 63. "Sólo son materias de ley. 2. Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley."

La exclusión de la regulación administrativa de estas materias resguardadas, se refiere a la *Potestad Reglamentaria Autónoma* que se le reconoce al Poder Ejecutivo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 32 n° 6 de la Constitución Política de la República; pero, no se extiende a los actos reglamentarios en el marco de la potestad reglamentaria de ejecución consagrada en la misma disposición. Así, Rajevic señala que "las materias...

¹⁵² Debemos recordar que la Constitución de 1980 en esta disposición innovó en el sentido de establecer la idea del dominio legal máximo o taxativo, de modo que las materias que no se encuentren reservadas a la ley conforme al actual art. 63, otrora 60, competen a la Potestad Reglamentaria Autónoma del Ejecutivo. Distinto, por cierto, al régimen anterior, donde la Constitución del 25, en su art. 44, enumeraba 15 materias que "sólo en virtud de una ley" podían ser reguladas, lo que extendía el potencial ámbito de atribuciones del legislador a todas las demás materias que no hubieren estado confiado expresamente a otro órgano. No obstante lo antedicho, esta pretendida innovación ha sido cuestionada en su efectividad. Así, el profesor Cea "quien califica a la potestad reglamentaria autónoma como 'mera apariencia de innovación', dada la desmesurada extensión material del dominio legal que hace perder relevancia a su carácter taxativo." Citado por RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar. *Op. Cit.* Pág. 31.

incluidas en el dominio legal, sólo admiten regulación del Ejecutivo mediante potestad reglamentaria de ejecución.”¹⁵³

La potestad reglamentaria de ejecución, en este contexto, opera siendo *convocada de modo expreso o tácito*. En el primero de los casos (expresamente), cuando la propia ley hace referencia a que será el reglamento el que determinará aspectos más detallados de la normativa que se trate; en el segundo (tácitamente), cuando por tratarse de una ley de bases, y su consiguiente carácter general, es indispensable el uso de esta potestad.

Además, debemos señalar que el estatuto de la propiedad también está resguardado, frente a la regulación del poder ejecutivo, en el contexto de la delegación previa de los Decretos con Fuerza de Ley. Lo anterior se materializa a través de la prohibición expresa que el legislador delegue atribuciones legislativas en tal materia.

Así, el profesor Cea señala que “jamás puede el Presidente de la República...intervenir en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.”¹⁵⁴

La discusión, respecto al tipo de reserva que se ha consagrado en la legislación, requiere de elementos de análisis tanto históricos como hermenéuticos, en que debemos entender, primero que todo, que existe una paradoja implícita dentro de la innovación que representa el art. 63 de la

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ CEA EGAÑA, José Luis. *Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena*. Revista de derecho, vol. 9, N° 1, Valdivia, Chile, 1998. Pág 32. Citando disidencia del Ministro Jordán y el Abogado Integrante Soto Kloss en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Proyecto de ley sobre “Bases del Medio Ambiente”, rol N° 185 de 28 de febrero de 1994.

Constitución, en relación al anterior sistema: lo cierto es que el constituyente invirtió el principio de dominio legal mínimo por uno de dominio legal máximo, con un necesario efecto restrictivo respecto de cuáles serían las materias que sólo por ley deberían ser reguladas, pero al mismo tiempo, consagró en su numeral 20, una fórmula abierta que extendió potencialmente las materias que por ley deberían regularse.¹⁵⁵

Esta situación ha dado base a numerosas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, que no son del caso tratar con detención en este momento. Basta con decir que concordamos con el profesor Cea en el sentido que “el catálogo taxativo del art. 60 contiene mandatos cuya sustancia preceptiva o capacidad normativa es disímil, llegándose a la cima con el principio común consagrado en su último número. Pero, además en dicho artículo hallamos remisiones a los códigos y también a las leyes que deben ser dictadas donde la Constitución exige que ellas regulen asuntos determinados. Una

¹⁵⁵ La inversión del principio que en la Constitución de 1980 se planteó, no estuvo exenta en su minuto de variadas discrepancias entre los organismos que participaron de la generación de la Carta Fundamental que hoy nos rige. Así, la Comisión Constituyente o la denominada Comisión Ortúzar, en su Informe sobre proposiciones e ideas precisas, señaló: “...una modificación sustancial en lo que dice relación con el ámbito legislativo, esto es, con las materias que deben ser necesariamente objeto de ley, sustituyendo el sistema del dominio legal mínimo que establecía la Carta de 1925, por el del dominio legal máximo, cambio al cual atribuimos una trascendental importancia jurídica y práctica.” Posteriormente, el Consejo de Estado discrepó del sistema propuesto por la Comisión y fundando su parecer expresó en el Informe de su respectivo anteproyecto: “El Consejo, por unanimidad, estimó que el reemplazo de la expresión usada por la Constitución de 1925: ‘sólo en virtud de una ley se puede’, por la usada en el texto de la Comisión: ‘sólo son materias de ley’, era inconveniente y peligroso. Inconveniente, porque no se divisa motivo para modificar fórmulas que jamás ocasionaron problemas ni se prestaron a equívocos; peligroso por ser una enumeración – pese a su amplitud – inevitablemente restringida y restrictiva, corriéndose el riesgo de que materias muy importantes y graves pudieran resolverse u ordenarse por simple decreto u otro tipo de resoluciones aún de inferior nivel.” La Junta de Gobierno, al final, optó por una posición más cercana a la Comisión Constituyente en este punto manteniendo el sistema de efectuar una enumeración de los asuntos que “*Sólo son materias de ley*”; pero agregando uno nuevo que es el contenido en el N° 20 del actual art. 63 de la Carta Fundamental. Para un análisis sucinto de las discusiones y argumentaciones sobre esta materia, en Fallo del Tribunal Constitucional, rol N° 325, de 26 de junio de 2001, considerando 15 al 30, ambos inclusive. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 24 de enero de 2006.

cuantificación somera de esta última especie de reserva nos indica que son 150 – aproximadamente – las materias que la Constitución confía sólo al legislador y sustrae consiguientemente, de la potestad reglamentaria.”¹⁵⁶

Si acordamos entonces – y creemos hay base suficiente para ello –, que no obstante la amplitud de los términos de los diversos numerales del art. 63, en Chile se ha consagrado un sistema de *dominio legal máximo*, caracterizado por la taxatividad de las materias que por ley deben regularse; y que, por tanto, sólo cabe la regulación por parte de la administración, a través de la potestad de ejecución, que no de la potestad reglamentaria autónoma. La pregunta que queda pendiente es evidente:

¿Cuánto contenido de las materias que por ley deben ser reguladas, debe ser regulado por ley? Es decir, la pregunta ya no radica en *¿qué* materias deben ser reguladas por ley?, a la que tenemos por respuesta, las que la Constitución establece taxativamente, ya por referencia directa, ya por remisión; ahora la pregunta es por la extensión con que debe ser regulada por ley cada una de esas materias y, por ende, cuánto es permisible que entre a regular la potestad reglamentaria de ejecución del poder administrador. En el entendido obvio que la ejecución queda en relación de subordinación respecto de la ley que pretende ejecutar.

Se ha señalado que “en nuestro medio pueden advertirse dos posturas para definir el deslinde entre la ley y los reglamentos de ejecución cuando se trata de materias reservadas a la ley.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ CEA EGAÑA, José Luis. *Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 11, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1984. Págs. 417 y ss.

¹⁵⁷ RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar. *Op. Cit.* Pág. 32.

Aunque esta distinción, también estaría presente en la idea del constituyente, quien habría tenido a la vista esas dos formas de establecer la reserva legal en el desarrollo armónico de la Carta Fundamental:¹⁵⁸

a.- Reserva legal relativa o restrictiva. Se caracteriza por permitir que la ley pueda limitarse a establecer las normas básicas, criterios o parámetros generales de la disciplina respectiva reservada a la ley, pudiendo remitirse el resto al reglamento, otorgando de este modo un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria. Este mayor campo de acción dice relación con que “la ley puede remitirse al Reglamento su ejecución o complementación.”¹⁵⁹-

160

¹⁵⁸ Así, el Profesor Cea Egaña, quien afirma: “Así y por ejemplo, en materia de garantías constitucionales, tal reserva podríamos decir que es *más positiva y absoluta o menos negativa y relativa*, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, por lo que el área mayor de regulación corresponde a la ley y la menor a dicha especie de potestad reglamentaria, como ocurre en el artículo 19° N°s 5°, 7°, 12°, 15° inciso 2°, 21° inciso 1° y N° 26° de la Carta Fundamental. En cambio, hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de *menos positiva o absoluta o más negativa o relativa* y, por ende, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Tal ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como ‘*con arreglo a la ley*’, ‘*con sujeción a la ley*’, ‘*de acuerdo a lo que determine la ley*’ o ‘*los casos y el modo que ésta fije*, v. gr., en los artículos 10° N° 4°, 14°, 32° N° 22°, 76°, 87° y 94° de la Constitución en vigor.” En CEA EGAÑA, José Luis. *Op. Cit.* Pág. 75.

¹⁵⁹ RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar. *Op. Cit.* Pág. 33.

¹⁶⁰ Para un análisis pormenorizado de esta postura, consultar REYES RIVEROS, Jorge. *El Estado como Regulador, mediante ley, del Ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Contralor de dicha Normativa*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 20, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, año 1993. Pág. 69 y ss. Por su parte, el profesor Cea, también adherir a esta postura, señalando: “Empero, esas normas dependientes o secundarias deben complementar la regulación efectuada en la ley con la finalidad de lograr la cabal aplicación de lo dispuesto en ella. Los preceptos legales, bien se sabe, son esencialmente *generales* en punto a los destinatarios y abstractos desde el ángulo de los hechos descritos para ser normados por ellos. A raíz de esas y otras características de la ley genuina, siempre se concluye que tales preceptos no son autoaplicativos, de modo que jamás resulta realmente posible, tampoco imaginable y ni siquiera conveniente que el legislador mismo sea quien cumpla lo preceptuado por él.” Agregando, además, jurisprudencia al efecto [considerando 45° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 15 de diciembre de 1998 (Rol N° 3.594-98), confirmada por la Corte Suprema el 18 de julio de 1999.], en el sentido “que el DL. N° 211 confiere facultades genéricas a los organismos antimonopolios para establecer normas que prevengan y

“El énfasis de esta doctrina está en el hecho de que la potestad reglamentaria de ejecución puede complementar y completar la normativa.”¹⁶¹

Dentro de los partidarios de esta postura encontramos a Jorge Reyes, José Luis Cea y Carlos Carmona.¹⁶²

b.- Reserva legal absoluta o extensiva. Se concreta cuando el constituyente establece la obligación para que el órgano legislativo regule, por sí mismo, la totalidad de la materia reservada a la ley, de un modo amplio, profundo y con la mayor precisión científica, técnica o de otra naturaleza que sea posible, siendo sólo permisible remitir al reglamento las disposiciones de *puro detalle* tendientes a la ejecución de los preceptos legales. El reglamento, para este caso, sólo podría detallar, mas no complementar.

Concuerdan con esta postura los profesores Eduardo Soto Kloss, Raúl Bertelsen, Luz Bulnes y Arturo Fermandois.¹⁶³

En relación a la reserva legal, el profesor Nogueira sostiene que “con este concepto se definen sectores y materias que están reservados, exclusiva y completamente a la Ley, excluyendo su regulación por parte de la administración.”¹⁶⁴

aseguren la competencia en los mercados. Dentro de la diversidad de las actividades económicas el legislador no *podría* prever todos los riesgos que pueden amenazar la libre competencia. De allí la necesidad de contar con organismos técnicos especializados, facultados para aplicar al caso este principio rector del Orden Público Económico.” CEA EGAÑA, José Luis. *Op. Cit.* 1998. Pág. 70.

¹⁶¹ TALLAR DELUCHI, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 258.

¹⁶² *Cfr. Ibidem.*

¹⁶³ *Ibidem.*

¹⁶⁴ Citado por ESCARATE PICA, Karin Isabel. *Op. Cit.* Pág. 66.

En el mismo sentido afirma que en lo que se refiere a derechos fundamentales, la reserva legal es absoluta en la Constitución, agregando que en esta materia, participa de la teoría de la esencialidad, en cuanto a que los aspectos básicos y esenciales de regulación de los derechos, quedan en manos del legislador y, que sólo los aspectos secundarios pueden ser delegados al reglamento administrativo, pero jamás los aspectos esenciales del derecho, ni menos lo que se refiere a la limitación de los mismos.

El profesor Soto Kloss, es también partidario de esta doctrina al criticar las, a su juicio, constantes y flagrantes violaciones de la reserva legal contenidas en la Constitución, por parte del Congreso Nacional en ejercicio de su potestad legislativa. Dentro de éstas, incluye las remisiones normativas en materias propias del dominio legal, para que el Presidente de la República u otro organismo administrativo entre a regularlas (potestad de ejecución por vía de remisión legal expresa). En su concepto, tal figura carecería de toda cobertura normativa en nuestra Constitución, que tan sólo previó la delegación de atribuciones legislativas en el art. 61 (a través del mecanismo de los D.F.L.), excluyendo expresamente, entre otras, las materias que corresponden al dominio legal y las comprendidas en las garantías constitucionales.¹⁶⁵

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha validado la distinción doctrinaria diferenciada al interior del análisis constitucional chileno, habiendo tenido diversas posiciones en uno y otro sentido.

Respecto de la reserva legal absoluta, podemos encontrar un claro ejemplo en el fallo del Tribunal Constitucional sobre Letreros Camineros, rol

¹⁶⁵ Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II. El principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

nº 156, de 21 de abril de 1992, que estableció que el decreto que prohibía instalar avisos publicitarios en las fajas adyacentes de los caminos públicos constituía una norma reglamentaria que imponía limitaciones (más bien privaciones) al ejercicio del derecho de propiedad de los dueños de esas fajas, vulnerando así la reserva en comento. Estableció, en lo pertinente, que “...si bien es efectivo que el legislador, haciendo uso de su facultad para ‘regular’, puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al art. 60 nº 2...estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador...”¹⁶⁶

Así también, en sentencia de fecha 9 de abril de 2003, rol nº 370, que indicó en su considerando 15º que “el sistema de reserva y dominio legal, imperante en la Constitución en vigor, se encuentra con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa. El primero de tales niveles de reserva está previsto en los arts. 32 Nº 8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley y la regulación de una materia. En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras.”¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

¹⁶⁶ Fallo Letreros Camineros, rol Nº 156, de 21 de abril de 1992, dictado por el Tribunal Constitucional, en Revista Chilena de Derecho, vol. 19, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1992.

¹⁶⁷ Aunque alguna doctrina estima que este fallo asume una posición intermedia entre reserva legal absoluta o relativa. *Cfr.* TALLAR DELUCHI, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 259.

¹⁶⁸ Fallo Exigencias de Estudios de Impacto al Transporte Urbano, rol Nº 370, de 9 de abril de 2003, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>] Visitado el día 24 de enero de 2006.

A continuación señaló que “en el caso de la reserva legal referida a las limitaciones al derecho de propiedad, ella tiene un carácter más absoluto, lo que determina una actuación legislativa con mayor amplitud, profundidad y precisión, no siendo posible el establecimiento de enunciados globales, cláusulas abiertas o fórmulas en blanco a la potestad reglamentaria.”¹⁶⁹

En consideración a lo anterior, el Tribunal Constitucional estimó “que la ley habilitante del Reglamento contenía disposiciones generales y enunciados amplios que remiten competencia a órganos administrativos, lo cual no se compadece con la reserva legal precisa y vigorizada respecto de limitaciones al derecho de propiedad, concluyendo en la inconstitucionalidad del Reglamento.”¹⁷⁰

De otra parte, también lo apreciamos en el Fallo del Tribunal Constitucional referido al Proyecto de Ley sobre Bases del Medio Ambiente, rol N° 185, de 28 de febrero de 1994.¹⁷¹

En este caso, se controlaba en ese momento la constitucionalidad de una disposición en particular que permitía establecer regulaciones administrativas de carácter permanente para las emisiones contaminantes del aire, aplicable cuando se sobrepasara el nivel de contaminación constitutivo de una “situación de emergencia”, y cuyo objetivo era fijar emisiones máximas que permitieran recuperar un nivel de normalidad. La norma establecía, además, que “excepcionalmente, sólo cuando resulte indispensable para recuperar la normalidad de los índices de calidad

¹⁶⁹ TALLAR DELUCHI, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 259.

¹⁷⁰ *Ídem.* Págs. 259 y 260.

¹⁷¹ Fallo Proyecto de Ley sobre Bases del Medio Ambiente, rol N° 185, de 28 de febrero de 1994, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 12 de febrero de 2008.

ambiental y exclusivamente por el período necesario para ello, dichas regulaciones pueden comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental.”¹⁷²

La mayoría del Tribunal entendió que no obstante el 19 N° 8 de la Constitución permitía el establecimiento de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades con el fin de proteger el medio ambiente, estas son de reserva legal, es decir, de competencia exclusiva y excluyente del legislador y, por tanto, debían ser reguladas por esa vía, declarándose inconstitucional la disposición.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional cambió de postura en sentencia rol N° 183¹⁷³, del año 1994, sobre tarifas de peaje.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵

En este caso, una ley previa autorizaba al Presidente de la República – artículo 3° de la Ley N° 14.999, de 1962 – para establecer peajes en los caminos, puentes, y túneles que estimara conveniente, fijando su monto y determinar los vehículos que no pagarían esa contribución, entre otras materias. El Tribunal afirmó que los peajes eran un tributo, y que en el caso respetaban la legalidad tributaria exigida por el art. 19 N° 20 de la

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Fallo Tarifas de Peaje, rol N° 183, de 17 de mayo de 1994, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 24 de enero de 2006

¹⁷⁴ Elementos de este fallo citados por RAJEVIC MESLER, Enrique Petar. *Op. Cit.* Pág.38.

¹⁷⁵ Parte de la doctrina- a la que no suscribimos- ve que el Tribunal Constitucional con posterioridad y a partir del caso “Cesiones Gratuitas” (Rol N° 253, de 1997), el Tribunal privilegió la reserva legal relativa, validando la constitucionalidad de la convocatoria a la potestad reglamentaria, acogiendo la tesis de que la ley y el reglamento de ejecución conforman un todo jurídicamente armónico e indisolublemente unido. En TALLAR DELUCHI, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 259.

Constitución, pues su observancia no exigía más que una ley que autorizará al Presidente para imponerlos.

Por último, en lo que se refiere al Tribunal Constitucional, nuevamente llega a una conclusión que pareciera avalar la tesis restrictiva, pero a su vez, hace una prevención que desvirtúa su análisis previo, pudiendo interpretarse que sigue la doctrina de reserva legal absoluta. Nos referimos al fallo rol N° 325, de 26 de junio de 2001, sobre constitucionalidad del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha 22 de enero de 2001, que permitía la restricción de circulación a vehículos con convertidor catalítico.¹⁷⁶

Señaló, en dos considerandos, aspectos de real importancia en lo que respecta a la 'reserva legal'. En el considerando 43: "...si bien no cumplen a cabalidad con el principio de 'reserva legal', resultan aceptables en este caso por las consideraciones expuestas y las que se expresarán más adelante."

Y de modo aún más explícito, en el considerando 46: "Que, acorde con lo expresado, si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio *no cumplen a cabalidad con los requisitos de 'determinación' de los derechos que podrán ser afectados y 'especificidad' de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sub-lite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él.* Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de

¹⁷⁶ Fallo Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que permitía la restricción de circulación a vehículos con convertidor catalítico, rol N° 325, de 26 de junio de 2001, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 24 enero de 2006.

excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del N° 8° del art. 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho máspreciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. *Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el art. 1º de la Constitución.*¹⁷⁷

El Tribunal, en este último fallo, entra a analizar la validez de los decretos dictados sobre la base de la potestad reglamentaria de ejecución, fundándose para ello, en el escrutinio desarrollado anteriormente en su propia jurisprudencia, consistente en contrastar la ley que se pretende ejecutar a través de decretos, con los elementos de la *determinación y especificidad*.

La formulación de estos elementos, en el marco de las regulaciones de materias reservadas por ley, establece las bases para una posterior potestad reglamentaria de ejecución válida. De este modo, se ha dicho que a la luz del estatuto del dominio, por ejemplo, la reserva que a la postre se consagra, “significa que el legislador debe precaver hasta los indicios de una deslegalización constitucionalmente prohibida, evitando incurrir, por ende, en meros enunciados normativos, en disposiciones abiertas, en suma, en normas carentes de la determinación y especificidad que.... son requisitos

¹⁷⁷ Énfasis nuestro.

esenciales para que la potestad reglamentaria de ejecución se halle legítimamente habilitada.”¹⁷⁸

En palabras del propio Tribunal Constitucional, el requisito de la determinación “exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el de la especificidad, requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad.”¹⁷⁹

Agrega, que “cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal.”¹⁸⁰

Los tribunales ordinarios, por su parte, en forma casi unánime, han sido más proclives a validar la remisión legal a la potestad reglamentaria, es decir, ha seguido mayoritariamente la doctrina de reserva legal relativa.

Así, la Corte Suprema, conociendo de un Recurso de Protección referido a restricción vehicular siguió esta postura.

¹⁷⁸ Fallo exigencias de Estudios de Impacto al Transporte Urbano, rol N° 370, de 9 de abril de 2003, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>] Visitado el día 24 de enero de 2006.

¹⁷⁹ Fallo rol N° 325, de 26 de junio de 2001, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 24 de enero de 2006

¹⁸⁰ *Ídem*. Con todo, previene el tribunal que el ejercicio lícito de la potestad reglamentaria de ejecución, requiere también que los derechos no sean afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Es decir, el Tribunal Constitucional hace referencia al resguardo que el art. 19 N° 26 de la Constitución estableció para las garantías que esta establece, ante preceptos legales que las regulen, complementen o limiten, de conformidad a la misma. Ello, en relación al art. 19 N° 24 inciso 2, (que es claro al disponer que sólo la ley puede establecer el modo de...usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social), y al art. 63 [60] N° 2 (que establece que sólo son materia de ley... N° 2. Las que la Constitución exija que sean reguladas por ley).

El contexto de este recurso requiere algunas consideraciones. De partida, se debe señalar que la medida de restricción vehicular ha encontrado su fundamento normativo en la aplicación de los arts. 113 y 118 de la Ley 18.290 o Ley del Tránsito, que permiten al Ministerio de Transporte imponer restricciones a la circulación de vehículos por causas justificadas. En este contexto, e interpuesta una acción de protección contra un decreto que establecía una restricción vehicular sobre la base del art. 118 mencionado, la Corte Suprema se pronunció afirmando que el Decreto se ajustaba a derecho, “pues no atenta contra la esencia del derecho de propiedad ni era arbitrario, toda vez que es un hecho notorio que la drástica restricción vehicular ha constituido, por lo menos hasta ahora, el medio más idóneo y plausible para combatir tan grave problema (la contaminación del aire).”¹⁸¹

Con todo, este fallo omitió cualquier referencia explícita al sistema de reserva legal imperante en Chile, además de entrar a analizar la idoneidad de la medida establecida por la administración, tarea que por cierto, no le correspondía.

De modo más patente – y extendiendo su aplicación incluso a tratados internacionales como fundamento de actuación legítima respecto a la reserva legal analizada – se recogió esta doctrina en el fallo del caso Comunidad Galletué con Fisco.

Así, la doctrina ha señalado que respecto del Decreto Supremo que prohibió la corta, explotación y comercialización de la especie araucana *araucaria* “no obstante reconocerse que limitaba el derecho de propiedad, se

¹⁸¹ Recurso de Protección. Sentencia Corte Suprema. Año 1994. En Revista Gaceta Jurídica N° 171, Editorial Jurídica Conosur, 1994. Citado por RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar. *Op. Cit.* Pág. 38.

fundamentaba en un tratado internacional, con fuerza obligatoria de ley... al cual ponía en ejecución.”¹⁸²

1.2.4.1.2.- Función Social del Derecho de Propiedad.

Lo cierto es que el constituyente no definió la función social, y sólo precisó sus elementos de modo taxativo, aunque en términos bastante abiertos en el art. 19 N° 24 incs. 2 y 3 de la CPR, siendo éstos: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental.

En el contexto de la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, “se optó por mantener el criterio del constituyente de 1967, en el sentido de enumerar lo que comprende la función social sin pretender dar una definición.”¹⁸³

El profesor Mohor, comentando las limitaciones que pueden afectar a la propiedad para hacer efectiva la función social de la misma, afirma que el establecimiento de éstas “responde a la necesidad de conciliar el ejercicio del derecho de propiedad privada con las exigencias del interés general.”¹⁸⁴

No obstante la dificultad de definición de la expresión que nos convoca, lo cierto es que la interpretación que se haga de ella, a fin de cumplir con el presupuesto de la restricción o limitación al derecho de propiedad, ha de estar circunscrita a las expresiones de la función social del dominio señaladas en el numeral 2 del art.19 n° 24. Es decir, “dentro del

¹⁸² TALLAR DELUCHI, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 260.

¹⁸³ PFEFFER URQUIAGA Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Op. Cit.* Pág. 310.

¹⁸⁴ MOHOR ABUAUAD; Salvador. *Op. Cit.* Pág. 295.

marco genérico de la función social, su establecimiento *sólo puede responder* a las siguientes finalidades específicas: intereses generales de la nación, seguridad nacional, utilidad y salubridad públicas y conservación del patrimonio ambiental.”¹⁸⁵

El profesor Evans de la Cuadra, sin dejar lugar a dudas lo plantea del mismo modo, y va más allá, haciendo una alusión directa a la *historicidad* de las interpretaciones a que hicimos referencia en páginas anteriores: “[Las limitaciones u obligaciones al dominio por ley] sólo proceden cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar... Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de ahorrantes, de afiliados previsionales u otros, son muy valiosos y podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional... No pueden transformarse los intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad.”¹⁸⁶

De modo que, “la Corte Suprema [hoy el Tribunal Constitucional] podría declarar inaplicable constitucionalmente cualquier precepto legal que

¹⁸⁵ *Ibidem*. En el mismo sentido, RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar. *Op. Cit.* Pág. 28.

¹⁸⁶ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos Constitucionales*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, primera Edición, Santiago de Chile, 1986. Pág. 378.

excediera el ámbito de las causales que taxativamente menciona el precepto.”¹⁸⁷

La importancia de analizar el tema de la función social de la propiedad es manifiesta a efectos del desarrollo de este trabajo, ya que doctrinariamente se ha considerado que en el sistema constitucional chileno las limitaciones derivadas a este respecto no dan pie a una compensación a favor del afectado.

Así, se ha señalado que “el alcance único que puede darse a la consagración de esta facultad legislativa [la de imponer a la propiedad limitaciones u obligaciones derivadas de su función social], para que realmente tenga algún sentido y no haya sido simplemente un juego de palabras del constituyente, es que las limitaciones u obligaciones que se impongan en virtud de la función social no sean, en principio, compensables.”¹⁸⁸

Esta tesis, se contrapone por cierto, a la idea proveniente desde el análisis económico del derecho que afirma que “toda ley que establezca una limitación que esté destinada a producir externalidades positivas para la sociedad (como una que garantice la mantención de una cierta superficie de bosque nativo), y no se limite sólo a evitar o corregir externalidades negativas, debe entenderse como expropiatoria, y por ello debe establecer una indemnización o compensación al propietario.”¹⁸⁹

Con todo, hay que tener en cuenta que la función social de la

¹⁸⁷ PFEFFER URQUIAGA Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Op. Cit.* Pág. 311.

¹⁸⁸ VARAS BRAUN, Juan Andrés. *Op. Cit.* Pág. 141.

¹⁸⁹ *Ibidem.*

propiedad “No lo faculta (al legislador), para privar, sustraer, despojar, expropiar o quitar la propiedad a su titular. La función social tiene, entonces, un ámbito de aplicación, preciso, acotado, demarcado. Por lo mismo, resulta ser inconstitucional y éticamente inaceptable invocar dicha función para encubrir reales usurpaciones, sean totales o parciales, de uno o más atributos y facultades esenciales de la propiedad.”¹⁹⁰

1.2.4.1.3.- Contenido Esencial del Derecho de Propiedad.

La enorme importancia del concepto en análisis es fundamental ante un posible reclamo indemnizatorio frente a los daños producidos por una medida estatal. Así, se ha estimado que “ninguna limitación u obligación impuesta por ley a la propiedad privada faculta al titular para demandar una indemnización, salvo que con ellas se afecte la esencia del derecho.”¹⁹¹

Se ha dicho que “el contenido esencial del derecho de propiedad está constituido por el ámbito de poder, prerrogativas y facultades que pueden ser actuadas por el titular del derecho, dentro del ámbito de poder reconocido previamente a los particulares y a los grupos sociales mediante las normas jurídicas del Estado.”¹⁹²

En otros términos, el contenido del derecho de propiedad tiene tres elementos que lo informan:

a.- Sus facultades. Ya analizadas en *supra* 1.2.3. Capítulo 2.

¹⁹⁰ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 2004. Pág. 535.

¹⁹¹ PFEFFER URQUIAGA Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Op. Cit.* Pág. 311.

¹⁹² ESCARATE PICA, Karin Isabel. *Op. Cit.* Pág. 33.

b.- Sus límites. De conformidad a la Constitución y al Código Civil estarían dados por el derecho ajeno, el orden público y su función social.

c.- Sus limitaciones: que son “aquellas restricciones establecidas por los poderes públicos para el ejercicio del derecho, las que en ningún caso deben suponer rebasar la especificación del contenido de los mismos en función de sus límites estructurales.”¹⁹³

Ahora bien, como esos límites estructurales se materializan en el ordenamiento jurídico a través de conceptos indeterminados, como son el *orden público* o *función social*, el contenido del derecho de propiedad en este punto, queda expuesto a ampliarse o restringirse conforme la evolución doctrinaria y jurisprudencial. De ahí que el profesor Mohor señale que “siempre habrá una facultad de uso, de goce y disposición, pero que el cúmulo de atribuciones que cada una de ellas involucra irá modificándose indefectiblemente, toda vez que la esencia del derecho es una realidad jurídico-psicológica y teleológica.”¹⁹⁴

La importancia de determinar la *esencialidad* del derecho de propiedad, es clave para entender si la regulación establecida por vía legal entra o no en la denominada área de restricción del estatuto del dominio. Esto se traduce en que “una ley no puede, so pretexto de regular el ejercicio del derecho o de normar una actividad económica, privar... de un atributo o

¹⁹³ *Ídem*. Pág. 35.

¹⁹⁴ Citado por ESCARATE PICA, Karin Isabel. *Op. Cit.* Pág. 35.

facultad esencial del dominio, cuestión que puede hacerse sólo por ley expropiatoria, y pagando las indemnizaciones correspondientes.”¹⁹⁵

En su oportunidad, también la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución convino en el mismo sentido: “las restricciones y obligaciones que la normativa constitucional permite establecer al legislador en razón de los intereses superiores señalados, no dan lugar, por cierto a indemnización alguna, pero siempre que ellas no afecten la esencia del derecho ni importen privar a su titular de alguno de los atributos del dominio, pues ello sólo podría tener lugar a través de la expropiación.”¹⁹⁶

Se derivan otras consecuencias además, de la *esencialidad* del derecho de propiedad:¹⁹⁷

a.- El contenido esencial forma el núcleo irreductible del derecho delimitado pero susceptible de reducirse sólo entre sus confines ordinarios y el contorno de ese núcleo.

b.- Que la ley no puede definir ese núcleo puesto que su carácter irreductible está garantizado por la Constitución.

¹⁹⁵ VARAS BRAUN, Juan Andrés. *Op. Cit.* Pág. 141. Este autor, señala que hay un ámbito de tolerancia para el propietario. Pero esta tolerancia tiene un umbral, después del cual, el Estado debe indemnizar; y debe indemnizar precisamente cuando afecta al propietario ya sea privándolo de la propiedad entendida como derecho, ya privándolo del bien sobre el que recae, o privándolo de un atributo o facultad esencial. No obstante lo anterior, la hipótesis de una privación del derecho sin privación a su vez del *corpus*, parece difícil de imaginar, toda vez que en el contexto de la expropiación tanto el derecho como la cosa sobre que recae éste, pasan de un titular a otro. Por su parte, en el marco de las expropiaciones regulatorias, el conflicto dice relación con los atributos del dominio y el ejercicio de los mismos, además de una relación estrecha con la libertad de ejercer actividades económicas, y no sobre una regulación diferenciada del binomio dominio/cosa.

¹⁹⁶ Citado por TOLEDO TAPIA, Fernando Enrique. *Manejo Silvícola en el Proyecto de Ley de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal*. En Revista de Derecho, N° 1-2, vol. 3, Valdivia, Chile, 1992. Pág. 67.

¹⁹⁷ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Op. Cit.* Pág. 68 y ss.

c.- Que es preciso buscar la configuración de ese contenido esencial de los derechos en la propia Constitución.¹⁹⁸

Hay diversas teorías que han tratado de explicar este punto de importancia manifiesta, en el sentido que es ahí donde se radica el núcleo duro del derecho de propiedad, y donde no podrían- en principio- llegar a operar las regulaciones, limitaciones u obligaciones a tal derecho, a menos opere la actividad expropiatoria del Estado, que no la regulativa.

Siguiendo al profesor Nogueira¹⁹⁹, podemos destacar las siguientes teorías para explicar el concepto de contenido esencial del derecho de propiedad:

a.- Teoría subjetiva o absoluta de Günter Düring. En esta teoría se presupone un significado subjetivo del concepto de derecho fundamental. El contenido esencial de un derecho se materializa en la positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y de contenido inviolable. Afectándose el contenido esencial de un derecho cada vez que se afecte la dignidad de una persona.

¹⁹⁸ El autor arriba citado agrega en este punto que en el caso de no poder encontrar el contenido esencial dentro de una interpretación armónica de la Constitución, se debe buscar en el ordenamiento jurídico preexistente, que hubo de servir al constituyente de necesaria referencia; siempre que sus normas sean armónicas con la preceptiva constitucional y efectivamente consagren lo que la Constitución garantiza. No estamos de acuerdo en esto con el profesor Ríos, toda vez que una interpretación constitucional actual debe tomar una serie de elementos de análisis, que den sobre todo movilidad y adecuación a las disposiciones que en la Constitución encontremos. En el caso de Chile, justamente la Constitución de 1980, fue la reacción jurídico institucional más fuerte contra los excesos abusivos del régimen preexistente, del que difícilmente podría desprenderse principio interpretativo alguno, coherente con el actual sistema establecido. Lo cierto es que la propuesta del autor no resulta aplicable en contextos de quiebres institucionales severos generados sobre la base de ideologías contrapuestas, como es el caso nacional.

¹⁹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. cit.* Pág. 177 y ss.

b.- Teoría subjetiva de Ekkehart Stein. Los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Si un derecho se limita hasta el punto de que las personas no pueden disfrutar de ninguna manera de los intereses protegidos por el derecho fundamental, al impedirse su ejercicio, tal limitación afecta el contenido esencial y, por lo tanto, es inconstitucional. Identifica los intereses individuales constitucionalmente protegidos con el contenido esencial del derecho.

c.- Teoría objetiva de F. Klein. Distingue un contenido esencial y uno accidental, siendo el primero el núcleo o contenido interno del derecho fundamental, y el segundo sería la periferia o elemento exterior del derecho fundamental. De esta forma el contenido esencial es lo que otorga identidad al derecho, protegiéndolo frente a su anulación, destrucción o transformación que deriven en una desnaturalización sustancial del mismo.

d.- Teoría de Eike Von Hippel. Se parte del supuesto que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestiones básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto, necesitan de concreción. Así, los derechos son sólo directrices de los distintos intereses de libertad. De este modo, cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le sean contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad.

e.- Teoría de Peter Lerche. Para este autor, el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental. Lo anterior se complementa con el

principio de proporcionalidad, al introducir un factor de ponderación para el examen de la medida limitadora o configuradora del derecho fundamental.

Para el profesor Nogueira, en el caso chileno el límite absoluto del contenido esencial de cualquier derecho fundamental está dado por la dignidad de la persona humana, de conformidad con el art. 1 de la CPR. Agrega que si bien el legislador tiene la facultad de restringir y regular el ejercicio de un derecho, esta facultad termina donde comienza el núcleo o contenido esencial del mismo. Además, considera que la proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, está reconocida implícitamente en la prohibición general de arbitrariedad que surge de los arts. 6, 7 y 19 N° 2 de la CPR. Así, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye el reducto último indisponible por cualquier medida legal restrictiva.

Para el profesor Evans de la Cuadra, “la esencia del derecho de propiedad radica en la existencia y vigencia del dominio mismo, de la calidad de dueño y la existencia y vigencia de sus tres atributos esenciales: el uso, el goce y la disposición. En consecuencia, cualquier atentado que implique privación del derecho del dominio, en sí, o de cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional y sólo puede hacerlo, en forma jurídicamente válida, una ley expropiatoria dictada con los resguardos constitucionales.”²⁰⁰

En otro sentido, y como señala el profesor Aldunate: “el marco fijado por la jurisprudencia constitucional no hace sino plantear la pregunta – al

²⁰⁰ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Op. Cit.* Pág. 371. En este párrafo el autor establece como “atributos esenciales” del dominio, el uso, goce y disposición. Creemos que simplemente hay una confusión terminológica en este aspecto, toda vez que la doctrina de modo unánime identifica a estos tres elementos como *facultades del dominio*, y no como *atributos*. Supra 1.2.2. Capítulo 2.

decir que ‘...debemos entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible...’ – [acerca de] ¿qué es lo consustancial al derecho de propiedad y qué permite reconocerlo como tal?”²⁰¹

Ante la indefinición constitucional del tema, y la discrepancia al interior incluso de la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, la jurisprudencia ha debido hacer frente a la materialización del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En este contexto, el Tribunal Constitucional, en sentencia rol N° 43 de 1987 sobre Proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos, señaló: “Que mucho podría decirse sobre la ‘esencia’ de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptuarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”²⁰²

²⁰¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 289. Con todo, este autor indica de modo concluyente, que “mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio.”

²⁰² Considerando 21 de Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile Rol N° 43. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/566>]. Visitado el día 28 de octubre de 2005.

Ahora bien, el problema será determinar si la limitación que se ha establecido por el legislador afecta o no el contenido esencial del derecho de propiedad, para que la garantía de la esencia del derecho sea efectiva y actúe como tal²⁰³; o bien, ¿cuándo el Estado afecta con su normativa las facultades o atributos esenciales del derecho?

A este respecto, la doctrina nacional ha seguido dos posiciones: la postura relativista y aquella basada en la historia legislativa de la Constitución de 1980.

La primera establece una visión relativa de la esencia del derecho, sosteniendo que “no existe alguna área esencial (o accidental), pues no existen aspectos más significativos que otros. Consecuentemente no hay núcleo, sino que un derecho de propiedad que identifica las particularidades de un tiempo determinado y, por tanto, no son dos círculos concéntricos, sino más bien un solo círculo que se modifica continuamente... debido a esto, la esencia del derecho de propiedad debe ser definida de acuerdo a la relación ontológica entre el derecho de propiedad y su objetivo.”²⁰⁴ Este objetivo, a su vez, está determinado por “la satisfacción de las necesidades personales, el instituto de seguridad, la previsión de las necesidades futuras y la promoción de la producción.”²⁰⁵

Por lo tanto, y de acuerdo a este planteamiento, el determinar cuándo se está afectando la esencialidad del derecho de propiedad “requiere analizar

²⁰³ ESCARATE PICA; Karin Isabel. *Op. Cit.* Pág. 74.

²⁰⁴ LEYTON FLÓREZ, Patricio. *Op. Cit.* Pág. 78.

²⁰⁵ MOHOR ABUAUAD, Salvador. *Op. Cit.* Página 308.

las posibilidades residuales de uso provechoso para el propietario, esto es, las reales posibilidades de explotar y beneficiarse de la propiedad.”²⁰⁶

Por otra parte, la segunda postura – basada en la historia legislativa de la Carta Fundamental – sostiene que la esencia del derecho de propiedad, sus características y núcleo insuperable es “la suma o totalidad de los atributos o facultades. De esta manera, si el Estado priva de uno o más de los atributos o facultades del derecho de propiedad, aunque sea de manera parcial o por un período de tiempo limitado, la propiedad se entiende privada completamente y, por lo tanto, debe ser expropiada y compensada.”²⁰⁷

La misma interrogante – acerca de la esencia del derecho – ha estado presente en la doctrina comparada. Así, la doctrina española, siguiendo el criterio de su Tribunal Constitucional, ha elaborado las teorías de la reconocibilidad y la teoría de la jurisprudencia de intereses.²⁰⁸

a.- Teoría de la reconocibilidad. Es aplicación del procedimiento científico clásico, es decir, ir de lo abstracto a lo concreto. Este procedimiento es similar al de subsunción lógica de la norma. Así, se trata de verificar si un específico derecho regulado por el legislador resulta subsumible o se puede ajustar al tipo abstracto dominical.

b.- Teoría de la jurisprudencia de intereses. “La idea central es que la ley sirve para resolver conflictos de intereses, y al analizarla hay que buscar sobre todo qué intereses ha tenido en cuenta el legislador y qué criterios establece para resolver los conflictos entre ellos. El Derecho sirve para

²⁰⁶ LEYTON FLÓREZ, Patricio. *Op. Cit.* Página 78.

²⁰⁷ *Ídem.* Citando a José Luis Cea. Páginas 78 y 79.

²⁰⁸ COLINA GARÉA, Rafael. *La Función Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978.* José María Bosh editor, España, 1997. Pág. 361 y ss.

resolver esos conflictos de intereses, de manera que al analizarlo, lo único que debe preocupar al jurista o al profesional es interpretar o averiguar cuál de esos intereses trata el legislador de proteger mediante una norma determinada.”²⁰⁹

De todo este razonamiento se desprende, la importancia del establecimiento de criterios – al menos casuísticamente – para la determinación de la esencialidad del derecho de propiedad, en el contexto del análisis constitucional de las medidas regulatorias del Estado frente a sus administrados.

2.- JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN REGULATORIA.

2.1.- Generalidades.

Los casos que analizaremos, si bien no se refieren en términos explícitos a expropiaciones regulatorias, tienen en su generación, desarrollo y resolución los principales elementos de esta institución: actos reglamentarios por parte del Estado, impactos económicos negativos en el derecho de propiedad, entre otros.

Por una parte, se presentarán tres casos relacionados con una medida regulatoria de preservación ambiental de la especie araucaria araucana, cual es la decisión de la autoridad prohibiendo la explotación de dicha especie. Ello tuvo por consecuencia, para los propietarios afectados, la limitación de

²⁰⁹ ANÓNIMO. *Introducción al derecho y al ordenamiento jurídico español*. En línea, [http://www.wikilearning.com/curso_gratis/introducción_al_derecho_y_al_ordenamiento_juridico_espanollas_concepciones_sociologicas_del_derecho/6265-13]. Visitado el día 20 de diciembre de 2005.

sus derechos de dominio no sólo en lo referido a los individuos de la especie protegida – de los que no pudieron disponer ni gozar de la manera que, hasta ese minuto, lo venían haciendo – sino que también respecto de los predios a los que adherían, que experimentaron un importante detrimento comercial.

En este contexto, los tribunales han respondido de manera diferenciada a la pregunta: “¿frente a estas medidas, adoptadas con el loable propósito de preservar el patrimonio ambiental, debe ser el propietario quien las deba soportar sin que se le retribuya o compense en absoluto por el Estado ante el detrimento patrimonial sufrido por este gravamen?”²¹⁰

Por otra, se analizará el denominado caso *Palacio Pereira*, referido a la declaración de monumento histórico de un inmueble de propiedad de una empresa inmobiliaria, que estableció una serie de exigencias y limitaciones a los propietarios del mismo. Dichas limitaciones fueron analizadas en el contexto del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, interpuesto por la empresa, de ciertas disposiciones de la ley 17.288, a la luz del impacto de ellas en las facultades del dominio.

2.2.- Caso Comunidad Galletué vs. Fisco.²¹¹

Este caso fue resuelto definitivamente por la Corte Suprema el 7 de agosto de 1984, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco contra la sentencia de segunda instancia de diciembre de 1982 que confirmó el fallo de primera de diciembre de 1981, estableciéndose en

²¹⁰ BANDA VERGARA, Alfonso. *Medio Ambiente y Función social del dominio*. En Revista de Derecho, vol. 9, suplemento especial, Valdivia, Chile, 1998.

²¹¹ Fallo en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI (1984), N° 3 (Septiembre-Diciembre), Sección 5. En línea, [https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D126B0738C/7/material_docente/]. Visitado el día 25 de junio de 2008. Pág. 1.

favor de la Comunidad Galletué una importante indemnización que debía pagar el Estado de Chile.

La Comunidad demandante era dueña del predio Galletué ubicado en la comuna de Lonquimay, siendo los principales hechos del caso los siguientes: que dicho predio, enclavado en la cordillera de los Andes, de gran superficie, admitía como principal – *única* según el fallo – explotación económica la explotación forestal y dentro de ella, casi en forma exclusiva, la de la especie araucaria araucana; que esta especie cubría una extensión de 1.800 hectáreas del predio Galletué, siendo susceptible de producir 4.706.000 pulgadas de madera en un lapso de 30 años; que se había desarrollado en el predio Galletué una costosa infraestructura (caminos, aserraderos, organización) con la finalidad de explotar los bosques; de hecho, durante 10 años, con aprobación de la autoridad respectiva, se había explotado una gran cantidad de la especie desarrollando el plan prefijado.

El día 16 de abril de 1976 se publicó el Decreto Supremo N° 29 – dando cumplimiento a la Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas de América, Convención que para nuestro país es ley desde 1967 – que prohibió absolutamente el corte, destrucción y explotación de la araucaria araucana, declarándola monumento natural.

En ese contexto los propietarios demandantes paralizaron la explotación de los bosques del predio, en circunstancia de que habían estado explotando la araucaria por más de 10 años, con un total de 1.200.000 pulgadas, con aprobación de la autoridad respectiva, y demandaron al Estado en juicio de responsabilidad.

La Corte de Apelaciones en sentencia confirmatoria del fallo de primera instancia, sentó el fundamento político-constitucional de la doctrina Galletué, cual es que la búsqueda del bien común por parte del deseo del Estado y las medidas que para ello tome son legítimas, pero cuando afecta de un modo extremo al derecho de propiedad, el bien debe ser expropiado e indemnizado por parte del Estado. Así, sostuvo el Tribunal que "en este caso debieron expropiarse los bosques de la especie aludida, para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios."²¹²

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación interpuesto por el Fisco, señaló en lo pertinente lo siguiente:

“Que en cuanto a la naturaleza de la prohibición que impone el Decreto Supremo N° 29, no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido le niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición, ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, se trata tan sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la ley, acorde con el inciso 2º del N° 24 del artículo 19 de la Constitución. Pero este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye

²¹² Considerando 11mo del fallo de Corte de Apelaciones, citado en el considerado 5to del voto de minoría.

respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no lo vulnera.”²¹³

Reafirmando la fundamentación empleada para acoger la procedencia de la indemnización otorgada por la sentencia de apelaciones, el fallo estableció que “a pesar de aceptarse que en este caso la ley autorizó imponer tal limitación, ello no excluye la posibilidad de que dé lugar a una acción indemnizatoria... Este defecto de encuadramiento [que el fallo de la Corte de Apelaciones haya subsumido la acción de indemnización de perjuicios en los incs. 3, 4 y 5 del artículo 19 N° 24] no significa que ella [la indemnización] no sea justa y que esté huérfana de toda base jurídica que permita acogerla.”²¹⁴

Respecto a la naturaleza de la prohibición, el fallo establece que “no tiene el alcance de una expropiación, por cuanto no contiene un desconocimiento del derecho dominical que corresponde a sus titulares, ni se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer con entera libertad del bien objeto de dicho derecho; y que la prohibición impuesta de cortar, explotar y comerciar dicha especie arbórea no implica una prohibición de toda otra forma de goce o disposición de la cosa, pues el dueño podría sin ningún obstáculo enajenar los bosques en conjunto con el terreno donde crecen y que en definitiva sólo se trataría de una limitación fundada en una ley que la autoriza, y todo ello acorde con el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Constitución.”²¹⁵

²¹³ Considerando 7mo.

²¹⁴ Considerando 8vo letra c y d).

²¹⁵ BANDA VERGARA, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 21.

La Corte Suprema, además basó el derecho de la comunidad propietaria a ser indemnizada, en los principios de justicia y equidad a la luz de los hechos del caso, afirmando: "... la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendidos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar también que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la administración o incluso por el propio legislador las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies..."^{216_217}

De otra parte, el fallo sustenta- de modo implícito- el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas en su considerando 11mo, al señalar: "...dada la naturaleza y entidad de los hechos... forzosamente tenía que concluirse que la demanda era atendible: la prohibición del

²¹⁶ Considerando 9no.

²¹⁷ Las disposiciones constitucionales a que se refiere el fallo en comento, consignadas en el considerando 11, son las siguientes: 19 N° 24 en lo que se refiere a la expropiación del derecho de propiedad, 19 N° 7 letra i sobre responsabilidad judicial; y los artículos 1, 5, 7 y 38 en lo que se refiere a normas fundamentales de responsabilidad del Estado; 19 N° 14 y 26 en relación al antiguo artículo 41 N° 8 sobre contenido esencial de los derechos fundamentales y su limitación en estados de excepción constitucional (argumento *a fortiori* consistente en que si procede indemnización por limitaciones en estados de excepción, con mayor razón procedería en estados de normalidad constitucional). Respecto a este último punto, concordamos con la indicación realizada por el profesor Aldunate: "Justamente un análisis sistemático de la Carta hubiese debido tomar en cuenta que entre las disposiciones del art. 19 N° 24 y la del antiguo art. 41 N° 8 existe una diferencia sustantiva, cual es que en el primer caso las limitaciones al dominio las establece el legislador (y por tanto son una definición de jurídica legítima del ámbito de potestades propietoriales), mientras que en el caso de los estados de excepción se trata de intervenciones por parte de la autoridad administrativa y, en esta medida, una intromisión anómala en el ámbito protegido de la propiedad, que si bien puede entenderse justificado por el respectivo estado de excepción, implica un detrimento en la legítima esfera de protección jurídica otorgada al dueño. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 287.

Decreto Supremo N° 29, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción, y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios de Galletué que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo *equitativo* que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia.”²¹⁸

Finalmente, la Corte Suprema rechazó – en votación dividida tres contra dos – el recurso de casación en el fondo, quedando firme la sentencia de segunda instancia que declaró la procedencia de la indemnización por la prohibición de explotación de la especie araucaria araucana.

²¹⁸ Interesante resulta considerar algunos puntos del voto de minoría: “Considerando 4: ...pero los Decretos Supremos N°s 29 y 531 no han prohibido en modo alguno la venta de la especie arbórea, como se asevera en el fundamento 11º, sino que la calidad de monumento natural gozan de protección absoluta, son inviolables, como lo dispone el precepto recién transcrito. Nada impide vender la propiedad, pero con sus monumentos naturales.; Considerando 5, “... el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política establece la indemnización sólo para el caso de expropiación legal, sin decir nada de la indemnización en casos distintos...”; Considerando 6to: Que al decidirse así [como resolvió la Corte de Apelaciones], el fallo ha incurrido en infracción del artículo 19 N° 24 incisos 1º al 5º, porque ha aplicado dichos preceptos a un caso no contemplado en ellos; Considerando 7mo: Que no puede aceptarse la tesis del fundamento séptimo del fallo que, refiriéndose al artículo 19 de la Constitución Política del Estado, dice: "Pero este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio, nada estatuye respecto de la procedencia de la indemnización y como la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera". No puede aceptarse porque si el artículo 1437 del Código Civil señala a la ley como fuente de obligaciones para acudir a ella con tal objeto es necesario señalar precisamente la ley determinada que crea la obligación y no puede acudir a la ley como pura expresión de voluntad jurídica, que nada dice, ordena o establece sobre el particular, para atribuirle la tolerancia de la acción indemnizatoria que no contempla ni considera.”

2.3.- Caso Mario García Sabugal vs. Ministro de Agricultura.²¹⁹

Con fecha 31 de mayo de 1990 la Corte de Apelaciones de Santiago²²⁰ resolvió el recurso de protección deducido por Mario Arnoldo García Sabugal contra la autoridad²²¹ por la dictación del D.S. N° 43 de 1990 (que amplió e hizo extensiva la declaración de Monumento Natural de la Araucaria Araucana contenida en el D.S. N° 141 de 1987 a cada uno de los pies o individuos vivos de la especie, cualquiera fuera su estado o edad, que habitaran dentro del territorio nacional) que solicitaba la inaplicabilidad o nulidad de dicho decreto supremo.

El recurrente sostuvo en su recurso que en su calidad de agricultor maderero era dueño de varios predios y bosques nativos ubicados en la IX y X región del país, en los que existía una gran concentración y abundancia de la especie vegetal de carácter forestal denominada Araucaria Araucana; que adquirió esos predios y bosques, con el legítimo propósito de explotarlos comercialmente mediante la corte de pies o individuos del pino araucaria, previa aprobación de un plan de manejo que debía ser aprobado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF).

²¹⁹ Mario García Sabugal vs. Ministro de Agricultura. En línea, [https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/1/D126B0738C/2/material_docente/previsualizar.phpid_material=119473]. Visitado el día 14 de diciembre de 2007.

²²⁰ Confirmado por la Corte Suprema el 10 de julio de 1990.

²²¹ En dicho punto, la Corte estimó que había un problema de legitimación pasiva al dirigirse la acción de protección contra el Ministro de Agricultura, y no contra el Presidente de la República, de donde emanaba efectivamente el decreto supremo N° 43 de 1990 impugnado al efecto y que sería el sujeto activo del supuesto agravio. Sin embargo, la Corte señaló: “a fin de no sustraerse al deber que le impone a esta Corte el artículo 20 de la Constitución Política de la República en el sentido de adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, se examinará a continuación cuan efectivamente resulta quebrantado el derecho de propiedad del recurrente con motivo de la dictación del decreto supremo que impugna...” Considerando 4°.

Agregó que el D.S. N° 43, de Agricultura, junto con reiterar la declaración de Monumento Natural de la especie vegetal Araucaria, prohibió total y absolutamente la corta y explotación de la especie, lo que revestía un verdadero carácter expropiatorio y confiscatorio, que afectaba derechamente su derecho de propiedad garantizado en el art. 19 N° 24 de la Constitución, ya que se le privaba- por ese acto de autoridad- de uno de los atributos esenciales del dominio, como es la facultad de gozar la cosa y disponer de los frutos de la misma, al impedírsele en forma permanente e indefinida, por un simple decreto supremo, la corta o explotación, y consecuente comercialización, de sus propios bienes.

De otra parte, el recurrente sostuvo: “se me cercena de igual manera, la comerciabilidad de todo el bien, pues declarada la Araucaria monumento natural, carezco de la posibilidad, ya no tan solo de explotar y comercializar dicha especie vegetal, sino que también el inmueble al cual adhieren, ya que éste ha perdido su valor comercial como consecuencia de su cambio de destino a raíz de esa declaración.”²²²

Por último, afirmó que la privación de estos actos esenciales del derecho de propiedad, no era otra cosa que un acto expropiatorio, que careciendo en la especie de indemnización alguna, se le aplicaba como una verdadera sanción o pena administrativa, ilegal y arbitraria, esto es, carente de toda racionalidad, lo que lo transformaría en un acto confiscatorio; y que, al haber obrado de esta manera, la autoridad administrativa, vulneró su derecho de propiedad e incursiona en materias que son propias de ley, al pretender privarlo del derecho de goce que tiene sobre sus bosques de Araucarias, como así también, al limitarle su uso y disposición.

²²² En “*Vistos*” del Caso.

Por su parte el Ministro de Agricultura de la época, Juan Agustín Figueroa Yávar, afirmó que “la promulgación del citado decreto supremo no ha hecho otra cosa que dar cumplimiento a ley, toda vez que la declaración de la Araucaria como monumento natural se ha hecho de acuerdo con la definición y espíritu de la ‘Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América’, la que es ley de la República, y que fue promulgada como tal por Decreto N° 531 de 23 de agosto de 1967 del Ministerio de relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 4 de octubre del mismo año. De esta manera, el Decreto Supremo 43, no hizo sino poner en ejecución dicha ley, singularizando una especie de la florinda chilena, a la Araucaria Araucana, como tal monumento natural y, por lo tanto, absolutamente inviolable.”²²³

Añade además que “aun cuando se estime que el D.S. N° 43 impone una limitación al dominio, no está demás señalar que dicha limitación está contemplada en la Constitución Política del Estado en su artículo 19 N° 24, que junto con asegurar el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, establece a la vez que la ley puede establecer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social, precisando que dicha función social comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”²²⁴

La Corte de Apelaciones determinó que “de los términos del citado Decreto Supremo N° 43 se desprende una clara y evidente limitación al derecho de propiedad de que son titulares los dueños de predios forestales, al imponérseles la prohibición de cortar, explorar y comercializar la especie

²²³ *Ídem.*

²²⁴ *Ídem.*

vegetal denominada araucaria, dentro de los límites de los terrenos donde pudiese existir. Sin embargo, es lo cierto también, que la misma Constitución Política que garantiza ese derecho de propiedad, autoriza expresamente que una ley pueda establecer limitaciones y obligaciones que se deriven de la función social de ese derecho, al señalar, en relación con este superior objetivo, que este comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”²²⁵

En cuanto a la ilicitud y arbitrariedad del acto de autoridad que se impugna, señala: “Desde luego, es necesario señalar en primer término que el antecedente inmediato en el que se sustenta el Decreto Supremo N° 43, es un Tratado Internacional que tiene fuerza obligatoria como ley de la República, desde que fue promulgada la ‘Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América’, por Decreto N° 531 de 23 de agosto de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 4 de octubre del mismo año. Por otra parte, son diversos los preceptos constitucionales en los que es posible encontrar los fundamentos en que se apoya el decreto impugnado. Es así que el texto actual del artículo 5° de la Constitución establece que ‘El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber del Estado, respetar y promover tales derechos, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*’.”²²⁶

De otra parte, estableció en relación con la arbitrariedad e ilegalidad “que, entre aquellos derechos o valores superiores que el constituyente ha

²²⁵ Considerando 7mo.

²²⁶ Considerando 8vo.

querido proteger, aun a costa de sacrificar determinados intereses de los individuos, se encuentran, entre otros, los relativos a la conservación del patrimonio ambiental, idea que surge del ya citado inciso 2º del artículo 19 Nº 24 del texto constitucional, y del Nº 8 de ese mismo precepto, cuando señala que la ley establece restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. El Presidente de la República, haciendo uso de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 8º [sic] de la Constitución Política del Estado, dictó el Decreto Nº 43 de 1990, con el fin precisamente de cumplir, o poner en ejecución, los acuerdos de la Convención Internacional de Washington de 12 de octubre de 1940, declarando Monumento Nacional a la especie vegetal denominada Araucaria Araucana, basándose para esta decisión en los requerimientos de protección ecológica y de preservación del patrimonio cultural que diversos sectores de la actividad nacional le formularon, y teniendo en cuenta, además, que las normas constitucionales actualmente en vigor hacen posible que la ley imponga limitaciones al dominio, derivadas de la función social de este derecho.”²²⁷

Por último, el fallo desconoce la arbitrariedad en la dictación de este decreto supremo, señalando que “... no es posible advertir arbitrariedad como consecuencia de la prohibición que a través de él se impone, no obstante ser evidente que importe limitar el derecho de propiedad del recurrente. En efecto pese a esa limitación, no puede sostenerse que ella se traduzca en una verdadera expropiación, o más bien, confiscación como afirma el actor, ya que al circunscribirse los efectos del Decreto Nº 43, a la prohibición de explotar, cortar y comerciar una determinada especie arbórea, no se ha desconocido el derecho de propiedad del dueño de esa especie

²²⁷ Considerando 9no.

vegetal, ni aquel acto importa privar, de un modo absoluto, las facultades de gozar y disponer libremente el objeto de la propiedad. Es así como los inmuebles o predios del recurrente son susceptibles – como así lo expresa en su informe el Ministro recurrido –, de variadas explotaciones, que van desde el manejo silvopastoril, la caza y el aprovechamiento turístico, hasta su venta parcial o total, sin perjuicio que en todos ellos se ha establecido la existencia de otros recursos forestales, respecto de los cuales no se ha dispuesto ninguna medida que los afecte.”²²⁸

Finalmente el recurso de protección fue desestimado, tanto por los defectos que se advirtieron en su formalización, así como porque en caso alguno, en opinión del tribunal, se comprobó que el Ministro de Agricultura haya incurrido en ilegalidad o arbitrariedad al suscribir el Decreto Supremo analizado.

2.4.- Caso Agrícola Lolco vs. Fisco.²²⁹

En esta causa se demandó al Estado también por la dictación del D.S. N° 143, sin embargo, y a diferencia del caso anterior – en que se utilizó el recurso de protección buscando la anulación o inaplicabilidad del decreto supremo –, se empleó la acción de indemnización de perjuicios contra el Estado por la limitación impuesta a la propiedad.

En cuanto a los hechos y argumentos presentes, éstos resultan ser bastante similares a los casos analizados anteriormente, consistiendo en la

²²⁸ Considerando 11mo.

²²⁹ Agrícola Lolco con Fisco. En línea, [<http://cl.vlex.com/vid/30907980>]. Visitado el día 8 de octubre de 2008.

imposibilidad de explotar la especie araucaria araucana existente en un área de 3.300 hectáreas del Fundo Lolco, que tenía un total de 16.000 hectáreas.

La sentencia de primera instancia, de 1999, acogió la tesis de la demandada “en cuanto a que, no obstante tratarse de una decisión legítima de la autoridad, cabría la indemnización de perjuicios por la limitación al dominio en virtud del principio de que todo daño causado a un administrado por la Administración es indemnizable. La normativa constitucional – específicamente el art. 38 inc. 2° de la Carta Fundamental – y el art. 4° de la Ley N° 18.575 asegurarían tal indemnización incluso frente a actos potestativos del Estado, ejecutados en cumplimiento de la ley y, por ende, legales. Finalmente, no habría razón de equidad que justifique imponer al actor la carga del costo de esta limitación para liberar al Estado de la obligación de indemnizar la lesión patrimonial, pues ello infringiría el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas.”²³⁰

El mismo fallo de primera instancia descartó el argumento del demandante en cuanto a que el decreto constituiría una expropiación sin indemnización que vulneraría el art. 19 N° 24, considerando que “no se trata de una expropiación ni tampoco hay desconocimiento de la propiedad ni hay privación de algunos de los atributos o de las facultades esenciales del dominio. Sólo habría limitación al dominio, autorizada por la ley y por el Art. 24 inc. 2° de la C.P.E.”²³¹ Sin embargo, aceptó la procedencia de la indemnización estableciendo el concepto de lesión como fundamento de la responsabilidad del Estado.

²³⁰ QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro. *Corte Suprema en caso Lolco: No hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la Doctrina Galletué. En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 12, Santiago de Chile, año 2004. En línea, [www.cde.cl]. Visitado el día 10 de julio de 2008. Pág. 3.

²³¹ *Ibidem*.

La Corte de Apelaciones, el año 2003, confirmó esta sentencia, pero con una reducción sustancial del monto indemnizatorio fijado en primer grado. Sin embargo, argumentó que no obstante la función social de la propiedad y la posibilidad de que la ley establezca limitaciones, no puede sostenerse que los intereses particulares deben simplemente soportarlas, porque ello implicaría aceptar que el costo de aquellos actos ejecutados en razón del interés general que signifiquen limitaciones a la propiedad debería ser asumido directamente por los particulares y no por el Estado.²³²

Además, señaló que “la Constitución Política vigente contiene normas dirigidas a asegurar la indemnidad patrimonial de los ciudadanos, incluso frente a actos potestativos del Estado ejecutados en cumplimiento de la ley y, por ende, legales. Es el caso de los Arts. 19 N° 20 y 24 de la Carta Fundamental que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas y la garantía constitucional del derecho de propiedad respectivamente.”²³³

Por último, el “considerando 16° invoca, a favor de la indemnización, la aplicación de una solución equivalente a la del Art. 19 N° 24 inciso 3 de la Constitución Política, esto es, el criterio analógico. Dice, la legitimidad de la competencia exteriorizada a través del acto administrativo que declara monumento natural a la araucaria araucana, justifica la aplicación de un criterio de resarcimiento patrimonial similar al utilizado por el constituyente para indemnizar al afectado por un acto expropiatorio igualmente legítimo.”²³⁴

No obstante lo anterior, la Corte Suprema, resolviendo el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandante (y no por el Fisco, que

²³² *Cfr. Ídem.* Pág. 3.

²³³ *Ídem.* Pág. 4.

²³⁴ *Ibídem.*

tuvo un severo error en su gestión de defensa, lo que se tradujo en que la Corte Suprema sólo pudiera formular críticas al fallo de apelación, sin poder anular el mismo), estableció una argumentación diametralmente diversa a los fallos de primera y segunda instancia.

Así, el considerando 49° señaló que “estima satisfactoria en extremo para la demandante [la resolución de la Corte de Apelaciones] puesto que en estricto rigor, una acción como la presente no debería prosperar.”²³⁵

Para sustentar lo anterior el considerando 50° “evaluando el alcance del Art. 4° de la Ley N° 18.575 (proclama el principio de responsabilidad del Estado por daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones) precisa ‘que esta disposición opera o tiene aplicación cuando los órganos de la Administración del Estado actúan fuera de la órbita de sus atribuciones, lo que en la especie no ha ocurrido y ni siquiera ha sido puesto en duda porque, como se dijo, la validez del D.S. N° 43 ha sido la fuente de la que se hace surgir la responsabilidad, habiendo sido implícitamente validada.’”²³⁶

Por último, el considerando 51 señaló que el principio del derecho de responsabilidad por daño, también está en la Constitución que establece en forma genérica en los artículos 6° y 7° la responsabilidad extracontractual que nace por las acción de los órganos del Estado que exceden la Constitución y la ley, lo que no ocurrió en los hechos del caso.²³⁷

²³⁵ *Ídem.* Pág. 6.

²³⁶ *Ibidem.*

²³⁷ *Cfr. Ibidem.*

2.5.- Caso Sociedad Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco.²³⁸

La Corte Suprema, en este caso, “aborda uno de los problemas más complejos en el derecho constitucional comparado, aquel llamado de las regulatory takings o expropiaciones regulatorias, también conocido como de la privación de la esencia de los atributos esenciales del derecho de propiedad por vía de una regulación legal o administrativa.”²³⁹

El análisis de este caso, se hace a partir de la sentencia de la Corte Suprema recaída en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Sociedad Inmobiliaria Maullín Limitada en que se perseguía la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la ley 17.288 en causas que se llevaban contra el Fisco de Chile.

En uno de esos juicios, la Inmobiliaria Maullín buscaba una indemnización de perjuicios por la privación del uso y goce del derecho de propiedad del inmueble conocido como Palacio Pereira, a partir de las limitaciones y exigencias a la propiedad al ser declarada como Monumento Histórico; mientras en el otro, el Estado dedujo demanda contra la Inmobiliaria por obligación de hacer, a fin de que el Tribunal la condenara a reparar el daño que había sufrido el inmueble.

En el derecho, la ley 17.288 aumentaba fuertemente la carga regulatoria de los particulares que fueran propietarios de un bien que la

²³⁸ Inmobiliaria Maullín con Fisco, año 2004. En Revista de Derecho, vol. XVII, Valdivia, diciembre de 2004.

²³⁹ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*. En Sentencias Destacadas 2004, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 2005. Pág. 21.

autoridad administrativa declarara monumento nacional en los siguientes sentidos:

“1.-El artículo 11 dispone que esos bienes particulares queden bajo el control y la supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales y, por lo tanto, cualquier trabajo que el dueño del bien desee realizar en él debe contar con autorización del consejo.

2.- El artículo 12 ordena que si el monumento histórico fuere de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales.”²⁴⁰

Los recurrentes – Maullín Limitada – requirieron que se declarara la “derogación táctica de aquellas disposiciones legales, fundamentando el recurso en las restricciones a su derecho de dominio impuestas por las normas mencionadas, señalando que los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 serían inconstitucionales y habrían sido derogados tácticamente por la Constitución de 1980.”²⁴¹⁻²⁴²

El Estado argumentó, en el contexto del recurso de inaplicabilidad, que “si bien el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política asegura a todas las

²⁴⁰ *Ídem*. Pág. 34.

²⁴¹ GONZÁLEZ CARVAJAL, Paola. *Comentarios del Caso Palacio Pereira*. En *Revista de Derecho Ambiental* N° 2, LOM Ediciones, Centro De Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006. Pág. 202.

²⁴² Otro argumento expuesto fue la vulneración del principio constitucional de la igualdad en la repartición de las cargas públicas. Sin embargo, el voto mayoritario no atendió este punto por haber resuelto sobre la base de otros aspectos. Sobre este punto ver tanto el voto minoritario de la sentencia, como FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Op. Cit.* Págs. 48 y 49.

personas el derecho de propiedad, el derecho a usar y disponer de ella está sujeto a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.” Además, “sostuvo la improcedencia de recurso de inaplicabilidad pues, a su juicio, el estado ruinoso en que se encontraría el edificio se debería a la absoluta negligencia, abandono y falta de cuidado de la propietaria, por lo que la necesidad de repararlo y conservarlo se debería a su propio dolo.”²⁴³

La Corte Suprema, con fecha 18 de junio de 2004, dio lugar al recurso de inaplicabilidad, argumentando en lo pertinente en su considerando sexto, y siguiendo a Enrique Evans de la Cuadra, lo siguiente:

“La Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Ello sólo procede cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia... podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional. Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la

²⁴³ GONZÁLEZ CARVAJAL, Paola. *Op. Cit.* Pág. 202.

autoridad pública... llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencias de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio... No puede transformarse el concepto de intereses generales de la Nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. Los intereses generales de la Nación expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden... Para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil... el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con limitaciones u obligaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer precedentes sólo por vía muy excepcional.”²⁴⁴

Luego, en el considerando séptimo hace un alcance histórico-constitucional respecto a la esencia del derecho: “Ovalle [en la sesión N° 157 de la Comisión Constituyente] expresó que la privación consiste en que una de las facultades que son de la esencia del derecho de propiedad no la ejerce su titular... desde el momento en que el legislador entrega a otro la facultad de ejercer los atributos de la propiedad por su dueño, lo está privando del derecho o de factores esenciales del mismo, lo cual hace ilusorio el derecho.”^{245,246}

²⁴⁴ *Ídem*. Pág. 198.

²⁴⁵ *Ídem*. Pág. 199.

Por último, en los considerandos octavo y noveno se estableció: “debe consignarse que la calidad de Monumento Histórico de un inmueble particular, que supone un interés público cultural en determinado momento, puede quedar comprendido en la causal de limitación del dominio establecida en el N° 24 del art. 19 de la Constitución, denominada interés general de Nación, pero los arts. 11 y 12 de la ley 17.288 vulneran la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución, al privar al dueño del inmueble de los atributos que le son propios... al restringir seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado Monumento Histórico desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide además su destrucción...”²⁴⁷

²⁴⁶ Interesante resulta constatar que el voto minoritario partiendo de una misma base llegó a una conclusión distinta, en el considerando sexto del voto: “... la declaración de un inmueble como Monumento Histórico no puede sino basarse en el interés general de la Nación de conservarlo como tal, en términos que las limitaciones que autorizan las normas impugnadas por el recurso de autos deben estimarse incluidas entre las restricciones que pueden derivan de la función social de la propiedad.” *Ídem*. Pág. 201. En la misma línea se ha señalado: “discrepamos completamente con el razonamiento de los jueces de la Corte Suprema que declararon la inconstitucionalidad de los arts. 11 y 12 de la Ley 17.288 esgrimiendo que el bien jurídicamente protegido por estas disposiciones no está incluido en los intereses generales de la Nación, por cuanto no es posible que en atención a este bien jurídico se restrinja el derecho de propiedad de un Monumento Histórico. En efecto, la acción de tutela del Estado sobre los monumentos se justifica por ser éstos obras irreproducibles que integran el patrimonio histórico y cultural de una Nación.” *Ídem*. Pág, 209.

²⁴⁷ *Ídem*. Págs. 199-200.

CAPÍTULO TRES.

TRATAMIENTO DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN EL CONTEXTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

1.- INVERSIÓN EXTRANJERA.

La Constitución Política de la República establece normas pertinentes y que marcan en materia de orden público económico principios fundamentales que son los que sustentan el régimen legal de la Inversión Extranjera los cuales son: el principio de libertad económica, consagrado en el artículo 19 N° 21, y el principio protección de propiedad privada establecido en el artículo 19 N° 24, y que son aquellos en que se sustenta el modelo económico chileno.²⁴⁸

Además, son de vital importancia en la inversión extranjera otros principios como el de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19 N° 2 y por último el principio de la no discriminación arbitraria que se encuentra en el artículo 19 N° 22, los cuales suponen para las empresas e inversionistas extranjeros un trato no discriminatorio, derechos y garantías que los inversionistas nacionales, pero asimismo como obligación correlativa deberán cumplir con todos los deberes que se les imponen a los inversionistas nacionales y cumplir con análogas reglamentaciones.

²⁴⁸ Ver RODRÍGUEZ GÓMEZ DE LA TORRE, Macarena. *Régimen de la Inversión Extranjera Chilena y Análisis Comparado de los Incentivos a la Inversión, con Especial Referencia a Irlanda y Singapur*. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor guía Joaquín Morales Godoy, Santiago de Chile, 2005. Pág. 39.

En este marco, resulta relevante analizar el concepto de inversión extranjera y los principales marcos legales que la rigen.

1.1.- Concepto.

En primer lugar y antes de adentrarnos al estudio de la Inversión Extranjera, debemos entender que este concepto no es pacífico, ni tampoco existe un consenso al respecto, todas las distintas conceptualizaciones dependerán desde que perspectiva se mire para lograr una definición.

Es así como existirán conceptos al interior del ordenamiento jurídico de cada Estado, entre los Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Extranjera (en adelante APPIs) que suscriban los países entre sí, y los Tratados de Libre Comercio (en adelante TLC), que involucrarán a varias economías, entregando distintos criterios o conceptos para entender en qué momento, para sus miembros, nos encontramos frente a una Inversión Extranjera.

La Inversión Extranjera se puede definir “como el movimiento de capital, por el cual, una entidad estatal o una persona natural o jurídica de un país determinado, transfiere a otro recursos financieros, tecnológicos, materiales o humanos, con el objeto de crear o tomar el control de un establecimiento, el que puede tener o no tener un carácter económico”.²⁴⁹

Stefan Riesenfeld la define como “la transferencia de fondos o materiales de un país (llamado el país exportador de capital) a otro país

²⁴⁹ TRESSLER ZAMORANO, Frank. *Inversión Extranjera; su marco legal y su tendencia actual*. Documento de trabajo N° 68, Instituto de Ciencia Política, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999. Pág. 1.

(llamado país receptor), para ser utilizados en la conducción de una empresa en este país a cambio de una participación directa o indirecta en los beneficios de la empresa.”²⁵⁰

Respecto a la legislación chilena, no existe una definición de Inversión Extranjera, ni siquiera en el DL 600, conocido como el Estatuto de la Inversión Extranjera, marco legal por excelencia sobre esta materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que se analiza a continuación.

1.2.- Decreto Ley 600.

La principal fuente legal chilena de la inversión es el D.L. 600 que data del año 1974, y que también recibe el nombre de “Estatuto de la Inversión Extranjera.”

En 1993 mediante la publicación del D.F.L. N° 523 se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 600 asentando una política estatal totalmente favorable a la inversión extranjera en pos del desarrollo económico del país, el cual se logrará a través de la atracción de la inversión extranjera mediante distintos incentivos en las áreas de importancia que deben contemplarse al momento de invertir.

Desde su aparición en 1974 y sus posteriores modificaciones hasta el día de hoy, el D.L. 600 es la fuente legal por excelencia y principal que rige esta materia convirtiéndose en la mejor opción y la preferida por los inversionistas extranjeros para invertir en Chile. Lo anterior se entiende claramente, debido a que el Estado asegura de manera cierta los derechos

²⁵⁰ RIESENFELD, Stefan. *Foreign Investments*. Encyclopedia of Public International Law, vol. 2, Editor Robert Bernhardt, Amsterdam, Holanda, 1995. Pág. 246.

de los inversionistas. Dicha seguridad está confirmada por la celebración de un contrato ley que firman el inversionista extranjero con el Estado chileno. Algunas consideraciones respecto al D.L. 600 que debemos analizar, son las siguientes:

a.- Concepto de inversión extranjera en el D.L. 600.

En el D.L. 600 no existe una definición legal respecto de que es una Inversión. A pesar de ello, estimamos que se puede construir un concepto de inversión sobre la base del título I del D.L. N° 600 denominado “De la Inversión Extranjera y del Contrato de Inversión”, aunque muchas veces se confunde el concepto de inversión con las modalidades en que estos capitales pueden materializarse desde el exterior hacia Chile.

Es así como nuestra doctrina ha construido y desarrollado que se debe entender bajo “el concepto de Inversión Extranjera aquellas inversiones realizadas en Chile a través de alguna de las vías que establezca la ley, que impliquen transferencia de capital desde el exterior, sea que el proyecto se efectúe directamente por el inversionista extranjero o mediante su asociación con un inversionista nacional.”²⁵¹

b.- Inversionistas extranjeros en Chile.

Los inversionistas que contempla el D.L. 600 no son tan sólo los que señala expresamente la norma en su artículo 1, sino que existen otros que se pueden inferir del articulado.

²⁵¹ MAYORGA, Roberto y MONTT, Luis. *Inversión Extranjera en Chile, marco legal general, nacional e internacional*. Editorial Jurídica Conosur, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, 2004. Pág. 67.

Por lo tanto, pueden ser sujetos de inversión: los Estados, las personas naturales extranjeras, las personas jurídicas extranjeras, chilenos con residencia y domicilio en el extranjero, y por último, la empresa receptora del capital.²⁵²

De todas formas para que cualquier persona extranjera o chilena se acoja al D.L. N° 600, debe celebrar un contrato ley de inversión extranjera con el Estado de Chile.

c.- El Contrato-Ley de Inversión Extranjera en el D.L. 600.

Dentro de la categoría contractual de contrato-ley, en nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con el que es regulado por el D.L. N° 600, y a través del cual el inversionista extranjero logra beneficios y seguridades para su capital invertido en Chile por la firma de un contrato con nuestro Estado.

Este contrato no se puede modificar ni administrativa, ni legislativamente sin la voluntad del inversionista, de esta forma se dio paso a la figura del “contrato-ley”.²⁵³

La eficacia de los contratos-leyes ha sido respaldada por la Corte Suprema reconociendo que éstos revisten el doble carácter de contratos de derecho público y de derecho privado “y no puede el Estado unilateralmente desahuciarlos porque se trata de convenciones de carácter bilateral que producen beneficios y obligaciones para ambos contratantes y que deben ser

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Para más información ver LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998. Pág. 60.

cumplidas de buena fe. Por lo tanto, la franquicia tributaria y demás beneficios que el Estado otorga a particulares a cambio de las prestaciones que estos han debido realizar a favor de aquél, constituye para los terceros un derecho adquirido que incorporan a su patrimonio y que no puede ser desconocido por la decisión unilateral del Estado contratante.”²⁵⁴

El D.L. N° 600 regula el contrato-ley de inversión extranjera y se refiere a él de la siguiente forma en el artículo 3 inciso 1°:

“Las autorizaciones de inversión extranjera constatarán en contratos que se celebrarán por escritura pública y que suscribirán, por una parte, en representación del Estado de Chile, el Presidente del Comité de Inversiones Extranjeras cuando la inversión requiera de un acuerdo de dicho Comité, o el Vicepresidente Ejecutivo en caso contrario, y por la otra, las personas que aporten capitales extranjeros, quienes se denominarán ‘inversionistas extranjeros’ para todos los efectos del presente decreto ley.”

A propósito del Contrato Ley, resulta relevante analizar sus principales características:

- *Constituye una opción para invertir.* Chile ha consagrado en su legislación uno de los sistemas para importación de capital extranjero más abiertos del mundo. Es por ello que el contrato-ley de inversión extranjera no constituye un requisito para invertir en nuestro país, sino que es tan sólo una opción a la cual acogerse al momento de invertir. Como ya se ha

²⁵⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIII, sección primera, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966. Considerando 3° de la sentencia del Tribunal Pleno sobre los bonos dólares y sobre el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 131 de la Ley N° 15.575, que gravó con impuesto a la renta los beneficios producidos por los bonos dólares.

mencionado, otra opción para el inversionista es acudir al mecanismo establecido por el Banco Central en el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central, que en su capítulo XIV establece para el inversionista extranjero que basta registrar su inversión en el Mercado Cambiario Formal para acceder a la calidad de inversionista. Conforme al capítulo XIX, el inversionista puede también adquirir en el exterior papeles de la deuda externa y previa liquidación, a través del Mercado Cambiario Formal, puede efectuar inversiones en Chile.

Por lo tanto, aunque el contrato-ley consagrado en el D.L. N° 600 es el más utilizado para el ingreso de capitales extranjeros, no tiene carácter obligatorio para transferir capitales a nuestro país; y los futuros inversionistas extranjeros pueden optar libremente entre él y los mecanismos establecidos en el Compendio de Normas de Cambios Internacionales, según sea lo más adecuado y beneficioso para su inversión.

- *Es un Contrato Ley.* El Estado para lograr sus cometidos puede valerse de variados medios que le otorga el ordenamiento jurídico. Uno de ellos es la facultad de poder celebrar contratos entre él y otras personas, las cuales pueden ser de derecho público o de derecho privado; nacional o extranjera.

Dentro de los contratos que puede celebrar el Estado, existen algunos con características particulares que hicieron su primera aparición en 1920, y que significan para el Estado “un compromiso y una limitación de las facultades soberanas de los poderes públicos del Estado, ya que éste asume la obligación de respetar un régimen especial en materia legal,

financiera o económica, previamente convenido, durante toda la vigencia del contrato.”²⁵⁵

El profesor Enrique Evans los ha definido de la siguiente forma: “los contratos-leyes son los convenios que con autorización del legislador, celebra el Estado con uno o más particulares, otorgándoles o reconociéndoles por un tiempo determinado el goce de un tratamiento especial en materias financieras, tributarias, de comercio exterior o de otra naturaleza que tengan significación patrimonial.”²⁵⁶

El fin último de la creación de este instrumento jurídico vinculante para el Estado fue en primer lugar mejorar la imagen que tenía Chile en el ámbito del comercio internacional, específicamente para los inversionistas, que no debían observar en nuestro país los antiguos inconvenientes de la inestabilidad legislativa. En segundo lugar proporcionar tranquilidad, estabilidad y seguridad jurídica respecto de la normativa chilena que se les aplicará.

Una de las implicancias más importantes de que el contrato de inversión extranjera tenga el carácter de contrato ley, es que sólo podrá ser modificado por el consentimiento unánime de ambas partes. De tal modo, y consecuentemente, con el consentimiento otorgado de moderar su soberanía, el Estado no puede ni aún en virtud del poder legislativo a través de la dictación de una ley, modificar el contenido del contrato de inversión extranjera de manera unilateral.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ GOMEZ DE LA TORRE, Macarena. *Op. Cit.* Pág. 45.

²⁵⁶ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Op. Cit.* Pág. 372.

Es por ello que a través de la celebración de este contrato-ley, se puede afirmar que los inversionistas extranjeros tienen la seguridad de que los beneficios y obligaciones convenidas no serán modificados en el futuro y que de esta manera el inversionista incorpora a su patrimonio el derecho de mantener invariable los derechos emanados del contrato de inversión extranjera.

Sin embargo, puede suceder que el legislador de igual forma efectúe modificaciones en ciertas materias que afecten ámbitos de la inversión extranjera ingresada a través de un contrato-ley, pero en este caso no obligan al inversionista extranjero sin su consentimiento, y podrá ejercer todas las acciones o recursos legales que le permitan exigir la observancia de las cláusulas y condiciones estipuladas en el contrato ley.

- *Contrato de duración indefinida.* Los contratos-leyes de inversión extranjera serán de duración indefinida, conforme al D.L. N° 600, mientras los inversionistas les den íntegro y oportuno cumplimiento.

Lo anterior no significa que no existan plazos para el ejercicio de ciertos derechos, como el para internar el capital (artículo 3 inciso 2° D.L. N° 600) o de la vigencia de la invariabilidad tributaria pactada (artículo 7 inciso 1° del D.L. N° 600).

- *Es un Contrato solemne y de Derecho Público.* El contrato ley de inversión extranjera debe celebrarse mediante escritura pública, y son partes por un lado el inversionista extranjero y por otra el Comité de Inversión Extranjera en representación del Estado de Chile.

La intervención del Estado de Chile le entrega el carácter de Derecho Público al contrato-ley de inversión extranjera, aunque se refieran a materias privadas.

2.- TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

Chile no ha estado ajeno a la realidad internacional de la globalización, abriendo su economía a otros países a través de la suscripción de Tratados de Libre Comercio (en adelante, TLCs) y Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones (en adelante APPIs).

A continuación analizaremos los TLCs y APPIs en sus aspectos generales y como se han incorporado – a los suscritos por Chile – cláusulas de expropiación regulatoria a fin de determinar la extensión de esta institución en el ámbito de dichos instrumentos internacionales.

2.1.- Tratados de Libre Comercio.

2.1.1.- Generalidades.

En el ámbito internacional, los Estados se relacionan en distintas materias, entre las que se incluyen: derechos humanos, cooperación política y tecnológica, relaciones comerciales, inversiones entre los Estados, la solución de las controversias que en la implementación y desarrollo de los mecanismos integradores se vayan produciendo, etc.

Del mismo modo a como los Estados en su orden interno tienen un sistema jurídico que los rige en diferentes áreas, la comunidad internacional

ha también generado su propio sistema jurídico, denominado Derecho Internacional, conformado por un “conjunto de reglas y principios jurídicos que rigen las relaciones entre los Estados.”²⁵⁷

La finalidad de este marco regulatorio consiste en “facilitar la coexistencia y cooperación entre los Estados, que son los principales miembros de la comunidad internacional.”²⁵⁸

Lo cierto es que al no existir un poder legislativo en la esfera internacional que genere normas obligatorias para los Estados, son ellos mismos los que crean o establecen las normas que rigen sus relaciones, dando pie a la primera fuente escrita del Derecho Internacional: los Tratados Internacionales.

Los Tratados Internacionales son una forma *convencional* de creación de normas internacionales, en cuanto son los Estados quienes los crean y acuerdan.

Para el profesor Benadava un Tratado “es un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regido por el Derecho Internacional y destinado a producir efectos jurídicos.”²⁵⁹

El profesor Albónico, por su parte, los define como “acuerdos de voluntades con carácter obligatorio entre dos o más Estados para someter a

²⁵⁷ BENADAVA CATTAN, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Editorial Conosur, sexta edición, Santiago de Chile, 1999. Pág. 1.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ídem*. Pág. 21.

idénticas normas o a idénticos derechos determinadas relaciones jurídicas.”²⁶⁰

La validez de los Tratados y su poder obligatorio sobre los Estados deriva del principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), de modo que es la propia de voluntad del Estado la que lo obliga a cumplir lo dispuesto en el Tratado Internacional.

Existen muchos tipos o clases de Tratados: Tratados bilaterales o multilaterales; Tratados abiertos y cerrados; Tratados contrato y Tratados ley; Tratados solemnes y Tratados simplificados; Tratados entre Estados, entre Estados y sujetos de Derecho Internacional y Tratados entre otros sujetos de Derecho Internacional; Tratados de derechos humanos, de carácter político, cultural, humanitario, económico, comercial. Entre los de tipo comercial, encontramos los Tratados de Libre Comercio, que serán analizados en la presente memoria.²⁶¹

El Derecho de los Tratados fue recogido en 1969 en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, limitando su ámbito de aplicación a los Tratados que tengan forma escrita y se celebren entre Estados.

Esta Convención en su artículo 2.1 letra a) define un Tratado como:

“Un Acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento

²⁶⁰ ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 1950. Pág. 34.

²⁶¹ Para encontrar un listado de tipos de Tratados Internacionales, consultar DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos, undécima edición, España, 1994. Págs. 135-136.

único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera sea su denominación particular.”

A nivel internacional, el consentimiento del Estado a obligarse por un Tratado se manifiesta “mediante la ratificación o la adhesión, seguidas por el canje de los instrumentos de ratificación entre los Estados contratantes o del depósito del respectivo instrumento en poder del depositario designado. Desde la fecha de dicho canje o depósito, el Tratado es obligatorio para el Estado que lo ha efectuado, a menos que el Tratado disponga otra cosa.”²⁶²

Al respecto la Jurisprudencia chilena ha zanjado el tema señalando que a pesar de que a nivel internacional el Tratado sea obligatorio para Chile, no tiene vigencia automática en el orden interno, en donde debe primero cumplir con los requisitos para su recepción en el orden interno, estos son: “la aprobación legislativa, la promulgación del Tratado por decreto del Presidente de la República y la publicación en el Diario Oficial del texto del Tratado y del decreto promulgatorio. Cumplidos estos trámites, el Tratado tendrá en Chile valor y fuerza de ley.”²⁶³

De este modo, “la omisión de cualquiera de estos trámites priva de todo valor de ley en el orden interno al tratado internacional.”²⁶⁴

²⁶² BENADAVA CATTAN, Santiago y otros. *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 1992. Pág. 34.

²⁶³ *Ídem*. Pág. 35.

²⁶⁴ Jurisprudencia atinente: “GODOY Y OTROS CON FISCO”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XII, 1915, segunda parte, sección primera. Pág. 104. “SUCESIÓN JUAN GARDAIX CON FISCO” Revista Gaceta de los Tribunales, 1921, primer semestre, Pág. 28. “JUNTA PROVINCIAL DE BENEFICIENCIA DE SEVILLA CON GUZMÁN Y OTRO”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIII, 1936, segunda parte, sección primera, Pág. 470 (considerando 8°). “COPROPIETARIOS DEL PREDIO DE GALATÚA EN CONTRA DEL ESTADO DE CHILE”, Fallos del Mes N° 309, agosto de 1984, Pág. 386.

Es importante recalcar este punto, toda vez que un tratado internacional debidamente integrado a nuestro ordenamiento jurídico, no tan solo es una norma internacional que se debe respetar, sino que además es una norma interna a cumplir por todos los organismos del Estado. En este sentido, si un Tratado incluye una cláusula protectora para los inversionistas frente a una regulación que obstaculice la inversión, se transgrediría tanto el Tratado Internacional (con todas las consecuencias jurídico-internacionales asociadas a ello), como la norma interna (que es parte de nuestro ordenamiento jurídico del mismo modo que cualquier otra ley dictada por nuestro Congreso)

Ahora bien, de especial interés para esta memoria, son los tratados internacionales que dicen relación con la protección a la inversión extranjera, entre los que encontramos los Acuerdos de Promoción y Protección a la Inversión Extranjera (APPIs) o Bilateral Investment Treaties (BITs), así como los Tratados Internacionales de Libre Comercio que incluyen un capítulo de protección a la Inversión Extranjera.²⁶⁵

Los Tratados de Libre Comercio se pueden definir como “convenios que se celebran entre dos o más países, mediante los cuales se crea una zona donde se promueve el libre comercio de bienes y servicios entre los Estados miembros, así como también la promoción de inversiones a través de la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias y la adopción de

²⁶⁵ Los Tratados de Libre Comercio Internacional forman parte de un ámbito mayor dentro de las relaciones mundiales entre distintos Estados, como son la cooperación e integración económica internacional. No tratan de una materia en específico, tienen rasgos omnicomprensivos en las materias a que se refieren, a diferencia de los APPIs, que circunscriben su normativa a las inversiones.

disciplinas del *General Agreement of Trade and Tariffs* (GATT) sobre comercio e inversiones.”²⁶⁶

Los TLCs que contienen o incluyen cláusulas de protección a la inversión extranjera han proliferado en el último tiempo y, en general buscan dar pautas generales en las mismas materias que los APPIs: Admisión, Tratamiento, Expropiación y Solución de Controversias.

En ellos se encuentran presentes ciertos principios o directrices generales, que corresponden a las siguientes:

- Cada Estado es soberano, lo que incluye la facultad de regular y legislar las distintas materias referentes a la inversión extranjera. Sin embargo, una vez firmado el TLC, las regulaciones deben tener por finalidad el estimular, promover y promocionar la inversión.
- Garantía al inversionista extranjero de que se les otorgará el mismo trato que a los inversionistas nacionales (cláusula de trato nacional), aceptando ciertas excepciones justificadas y predeterminadas.
- El inversionista extranjero tiene derecho a disponer de su propio capital, el que no puede verse afectado por la legislación interna nacional que regula la repatriación de capital extranjero.
- Se acepta que la inversión extranjera pueda verse afectada por una medida de expropiación pero bajo el cumplimiento de requisitos fundamentales: primero, que exista el pago de una indemnización, el cual debe tener la cualidad de “adecuado”, “apropiado” o “justo”, o que refleje el “justo valor de mercado”; segundo, que exista una causal de expropiación legalmente aprobada como lo es el interés público o utilidad pública; y, por

²⁶⁶ Glosario de Términos Económicos, Organizaciones y otros. En línea, [www.bch.hn]. Visitado el día 19 de octubre de 2006.

último, que su aplicación no sea bajo bases discriminatorias.

- Finalmente, en materia de solución de controversias, en general, se consagra la aspiración de que los conflictos se resuelvan amigablemente. En caso contrario, se deben agotar todos los recursos que entregue el ordenamiento jurídico interno para el caso en cuestión.

Todo lo anterior se contempla sobre la base de lograr objetivos como: garantizar y concretar la apertura de ciertos sectores productivos del mercado; otorgar protección a la inversión en la fase de pre-establecimiento, así como en el post-establecimiento; además de consolidar y liberalizar gradualmente las medidas discriminatorias existentes en materia de inversión extranjera.

En este sentido, es de nuestro interés no tan sólo analizar los beneficios que otorgan los Tratados Internacionales, sino que también el cómo operan ellos al proteger a los inversionistas extranjeros y en cuanto a las diferencias que se crean respecto de los inversionistas nacionales que no cuentan con éstas cláusulas de protección frente al accionar del Estado.

2.1.2.- Algunos Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile con cláusulas de expropiación regulatorias.

A.- Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.

Este TLC fue redactado teniendo en consideración y modelo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés). Así, el Capítulo 10 del TLC de Chile y EE.UU., es prácticamente idéntico al capítulo 11 del TLCAN. “No obstante existen algunas diferencias. Primero se acota la definición un tanto ambigua de

expropiación indirecta. En el anexo interpretativo, Anexo 10-D Expropiación, en su inciso 4 parte b, se señala que “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente... Esto es, sin duda, un avance y consecuencia de la mala experiencia del NAFTA en esta materia.”²⁶⁷

Artículo 10.9. Expropiación e indemnización.

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;*
- (b) de una manera no discriminatoria;*
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y*
- (d) con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.4(1) a (3).*

2. La indemnización deberá:

- (a) ser pagada sin demora;*
- (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);*

²⁶⁷ PIZARRO, Rodrigo. *Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, Un Análisis del Capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública*. En Revista Análisis de Políticas, N° 21, 2003. En línea, [<http://www.terram.cl/images/stories/app21tlcinversiones.pdf>]. Visitado el día 20 de noviembre de 2007. Pág. 2.

(c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a:

(a) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más

(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Este artículo no se aplica a la entrega de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual conforme con el ADPIC, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha revocación, limitación o creación sea compatible con el Capítulo Diecisiete (Derechos de propiedad intelectual).

B.- TLC entre Canadá y Chile.²⁶⁸

Este tratado sigue la misma línea que el TLCAN, lo que se advierte de su propia lectura:

Artículo G-10. Expropiación e indemnización.

1. Ninguna Parte podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de la otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión ("expropiación"), salvo que sea:

- a. por causa de utilidad pública;*
- b. sobre bases no discriminatorias;*
- c. con apego al principio del debido proceso y al Artículo G-05(1); y*
- d. mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.*

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán el valor de negocio en marcha, el valor del activo, incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

²⁶⁸ Documento en línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/CAPITULO%20G%20-%20TERCERA%20PARTE.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre de 2007.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en una moneda del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha efectiva de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada a la fecha de pago no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido al tipo de cambio de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el artículo G-09.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Acuerdo ADPIC.

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un instrumento de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo,

sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago de la deuda.

C.- TLC entre Japón y Chile.²⁶⁹

Artículo 82. Expropiación y Compensación.

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará las inversiones realizadas en su Área por inversionistas de la otra Parte, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante, en este Capítulo, “expropiación”), excepto:

- (a) por causa de utilidad pública;*
- (b) de una manera no discriminatoria;*
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 al 4; y*
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 75.*

2. La indemnización deberá ser equivalente al valor justo de mercado que tengan las inversiones expropiadas al tiempo que la expropiación fue oficialmente anunciada o cuando la expropiación ocurrió, cualquiera ocurra primero. El valor justo de mercado no reflejará ningún cambio en el valor de mercado debido a que la expropiación se conoció públicamente con antelación al anuncio oficial o a la expropiación misma.

La compensación será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible.

²⁶⁹ Tratado de Libre Comercio Chile-Japón. En línea, [<http://www.direcon.cl/pdf/1%20%20LC%20CHILE%20JAPON%20TEXTO%20PRINCIPAL.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

3. Si el pago es hecho en una moneda de libre uso, la compensación pagada incluirá los intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si la Parte elige pagar en una moneda que no sea de libre uso, la compensación pagada, convertida a la moneda de pago al tipo de cambio vigente en esa fecha de pago, será no menor que la suma de:

(a) el valor justo de mercado a la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, y

(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Este Artículo no se aplicará a las licencias obligatorias sobre derechos de propiedad intelectual otorgadas de acuerdo con el Acuerdo sobre los ADPIC.

D.- TLC entre Corea y Chile.²⁷⁰

Artículo 10.13. Expropiación y compensación.

1. Las Partes no podrán nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de la otra Parte en su territorio, salvo que sea:

²⁷⁰ Tratado de Libre Comercio Chile-Corea. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/corea/Parte%20III%20%20InversionesServicios%20y%20Asuntos%20Relacionados.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

- (a) por causa de utilidad pública;*
- (b) sobre bases no discriminatorias;*
- (c) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5 (1);*
- y(d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.*

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación) y no reflejará ningún cambio de valor debido a que la intención de expropiar se conoció con anterioridad a la fecha de expropiación. Los criterios de valoración incluirán el valor de negocio en marcha, el valor del activo, incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se realizará sin demora y será plenamente liquidable.

4. En caso que la indemnización sea pagada en alguna moneda del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha efectiva de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada a la fecha de pago no será inferior a aquella que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido al tipo de cambio de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los

intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 10.11.

7. Este Artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea coherente con el Acuerdo ADPIC.

2.2.- Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones.

2.2.1.- Generalidades

Durante las últimas décadas los Estados han sido particularmente activos en la creación de normas internacionales para proteger la inversión extranjera, siendo lo más importante no tan sólo por su cantidad, sino que sobre todo por su contenido y naturaleza, los llamados APPIs.

Los Acuerdos de Promoción y Protección a la Inversión Extranjera (en adelante APPI) son acuerdos bilaterales “suscritos entre dos Estados, con el objeto de crear condiciones de seguridad para los inversionistas extranjeros en el país y para los inversionistas nacionales en el exterior, a través de la garantía, en términos generales, del derecho de propiedad, la libre transferencia, la no discriminación y mecanismos adecuados para la solución

de controversias que se susciten entre el inversionista extranjero y el Estado receptor.”²⁷¹

Junto con ellos, se han creado organismos que ayudan a promover el flujo inversión extranjera protegiéndola adecuadamente, como la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (Multilateral Investment Guarantee Agency o MIGA) perteneciente al Banco Mundial, junto con sistemas de solución de controversias *ad hoc*, como el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

El primer APPI, a nivel mundial, fue suscrito en el año 1959, entre la República Federal de Alemania y Pakistán.²⁷² En los años que siguieron, lentamente comenzó a incrementarse la suscripción de acuerdos de este tipo, especialmente entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, puesto que los inversionistas extranjeros fueron objeto de frecuentes expropiaciones arbitrarias y nacionalizaciones discriminatorias por parte de dichos países.

Es por lo anterior, que se considera que los APPIs fueron en un principio, y debido al contexto histórico en que nacieron, concebidos para proteger la propiedad privada y otorgar garantías básicas a la inversión extranjera. Con el correr de los años, los APPIs se han generalizado y adquirido un carácter prácticamente universal, “calculándose que hoy existen aproximadamente alrededor de 1.800.”²⁷³

²⁷¹ QUEZADA VENEGAS, JAIME. *La protección diplomática, la cláusula Calvo y las actuales formas de solución de conflictos entre Estados y Nacionales de otros Estados*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesora guía Jeannette Irigoien, Santiago de Chile, 2004. Pág. 119.

²⁷² DOLZER, Rudolph Y STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Holanda, 1995. Pág. 1.

²⁷³ QUEZADA VENEGAS, JAIME. *Op. Cit.* Pág. 119.

No debemos olvidar otro aspecto de importancia, y que radica en que los APPIs son Tratados, con carácter internacional, de más fácil acceso y de mejor entendimiento para el inversionista extranjero, ya que sus cláusulas se estipulan de una manera simple, conteniendo las garantías mínimas y básicas que les otorga el Estado receptor respecto a su proyecto de inversión. Por lo tanto, los APPIs entregan protección a la inversión extranjera sin tener que entrar a conocer y entender la normativa interna de los Estados suscriptores en lo referente a la inversión extranjera.

Para hacernos una idea de la dimensión e importancia de estos Acuerdos, encontramos que Chile ha suscrito en total 52 Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones, de los cuales 38 se encuentran en plena vigencia. De todas maneras, Chile está en negociaciones para suscribir APPIs con India, Israel, Singapur, Tailandia, Haití, Jamaica, Barbados, Trinidad y Tobago, Letonia, Eslovenia, Federación Rusa, Bulgaria, Kazajstán, Islas Mauricio y Marruecos.²⁷⁴

En su esencia, los APPIs contemplan contenidos afines con la legislación nacional, en particular con las normas de la Constitución Política de la República de Chile y las disposiciones del D.L. 600 sobre Inversión Extranjera que regulan esta materia en nuestro país, de esta forma se eleva de rango la normativa nacional, adquiriendo un estatuto de carácter internacional, lo que se traduce en un fortalecimiento de la estabilidad y, por lo tanto, de la confianza que puede tener el inversionista, puesto que cualquier modificación normativa no dependerá únicamente de país en que

²⁷⁴ Para mayor información, ver Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. En [<http://www.direcon.cl>]. Visitado el día 14 de marzo de 2008.

se realiza la inversión, sino que del consentimiento de los Estados Partes en el Convenio.²⁷⁵

Continuando con el estudio de estos instrumentos internacionales y la protección que otorgan a los inversionistas extranjeros, la doctrina internacional ha determinado los contenidos básicos que debe contemplar cualquier Acuerdo de Promoción y Protección a las Inversiones y que son los siguientes: Ámbito de aplicación material y temporal; Identificación del sujeto protegido; Cláusulas de Admisión; Cláusulas de Tratamiento; Cláusulas de Protección; Solución de Controversias.²⁷⁶

De especial interés para esta memoria son algunas de las cláusulas que se establecen dentro de los APPIs y que se refieren a garantías ofrecidas por el Estado receptor al inversionista:

Las primeras de estas cláusulas – tratamiento justo y equitativo, y no discriminación – se refiere a que “ninguna de las partes contratantes podrá impedir con medidas arbitrarias y discriminatorias, la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones por los nacionales de la otra parte contratante.”²⁷⁷

²⁷⁵ Cfr. MAYORGA LORCA, Roberto. *Inversión extranjera y blanqueo de capitales*. En Revista del Abogado N° 11, Santiago de Chile, 1997. También ver MAYORGA LORCA, Roberto. *CIADI, Un instrumento para inversionistas internacionales*. En Revista del Abogado, N° 31, Santiago de Chile, 2004.

²⁷⁶ Al respecto ver LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. Oxford University Press, primera edición, Estados Unidos, 2002. Pág. 474 y ss; y, WITKER, Jorge. *Aspectos regulatorio-institucionales de la Inversión Extranjera Directa (IED)*. En *Regulación de flujos Financieros Internacionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica N° 34, Universidad Autónoma de México (UNAM), Ciudad de México, 2001. Págs. 107-114.

²⁷⁷ MAYORGA LORCA, Roberto; MORALES GODOY, Joaquín y POLANCO LAZO, Rodrigo. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias. Aspectos nacionales e internacionales*. Editorial Lexis Nexis, primera Edición, Santiago de Chile, 2005. Pág. 121.

Por otra parte, las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida dicen relación con conceder a los inversionistas un tratamiento no menos favorable que el que se concede a inversiones de sus propios nacionales, las de terceros Estados, o empresas en que el Estado receptor tenga participación o sean de su propiedad, pero nos asalta la duda, de que sucede respecto de los inversionistas nacionales, tienen la posibilidad de alegar un trato menos favorable en relación a los inversionistas extranjeros.

Con todo, la cláusula de nación más favorecida no es absoluta y se ha contemplado algunas excepciones en cuanto a su extensión a inversionistas de un Estado que no son parte del Acuerdo, en lo que se refiere a zonas de libre comercio, uniones aduaneras, o mercados comunes o acuerdos regionales, así como privilegios que provengan de Acuerdos de carácter tributario.

Por último, existen ciertas medidas de protección que garantizan la libre transferencia de capital, intereses, dividendos y, en general, cualquier otro que diga relación con la rentabilidad y utilidades de la inversión. Además, están presentes las cláusulas de protección a la expropiación tanto directa como indirecta y regulaciones que impidan ejercer el derecho de propiedad en toda su plenitud, que son importantes de analizar en este momento.

2.2.2.- Algunos Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión suscritos por Chile con cláusulas de expropiación regulatoria.

A.- Acuerdo entre la República de Chile y el gobierno de la República del Ecuador para la promoción y protección recíprocas de inversiones.²⁷⁸

Artículo V. Expropiaciones y Compensaciones.

1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversionistas de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o interés nacional, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. De la legalidad de la nacionalización, expropiación o de cualquier otra medida que tenga un efecto equivalente y el monto de la compensación se podrá reclamar en procedimiento judicial ordinario.

Tales medidas estarán acompañadas de providencias para el pago de una compensación propia, adecuada y efectiva. El monto de dicha compensación corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, si ello ocurre con anterioridad y comprenderá los intereses generados desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal.

²⁷⁸ Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Ecuador. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/ECUADOR.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

2. Los inversionistas de una Parte Contratante que sufrieren pérdida en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversionistas o a los inversionistas de un tercer Estado. Los pagos serán libremente transferibles.

B.- Acuerdo entre la República de Chile y la Confederación Suiza sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones.²⁷⁹

Artículo 6. Expropiación, compensación.

1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará, directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida de la misma naturaleza o efecto, afectando inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, sino en favor del bien común, a condición que dichas medidas no sean discriminatorias, que sean autorizadas por ley y que den lugar al pago de una compensación efectiva y adecuada. El importe de la compensación, incluyendo sus intereses, se efectuará en una moneda de libre convertibilidad aceptada por el inversionista y se pagará sin demora al beneficiario, sin tomar en consideración su domicilio o su sede. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la compensación deberán ser comprobables en procedimiento judicial ordinario.

²⁷⁹ Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Suiza. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

2. Los inversionistas de una de las partes Contratantes cuyas inversiones hayan sufrido pérdidas por causa de guerra o de cualquier otro tipo de conflicto armado, revolución, estado de emergencia o rebelión, acaecidos en el territorio de la otra Parte Contratante, se beneficiarán, por parte de esta última, con un tratamiento acorde con lo establecido por el artículo 4, párrafo (2), del presente Acuerdo relativo a restitución, indemnización, compensación u otra medida válida.

C.- Acuerdo entre República de Chile y el gobierno de la República del Perú para la promoción y protección recíproca de las Inversiones.²⁸⁰

Artículo 6. Expropiación y Compensación.

1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que prive, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de una inversión, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) las medidas sean adoptadas en virtud de la ley y en conformidad con las normas constitucionales correspondientes;*
- b) las medidas no sean discriminatorias;*
- c) las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. Dicha compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público. Ante cualquier atraso en el pago de la compensación se acumularán intereses a una tasa comercial establecida sobre la base del valor de mercado, a contar*

²⁸⁰ Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Perú. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/PERU.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

de la fecha de expropiación o pérdida hasta la fecha de pago. La legalidad de cualquiera de dichas expropiaciones, nacionalizaciones o medidas similares y el monto de la compensación estarán sujetos a revisión según el debido procedimiento legal.

2. Los inversionistas de cada Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufrieren pérdidas debido a cualquier conflicto armado, incluida una guerra, un estado de emergencia nacional, disturbios civiles u otros acontecimientos similares en el territorio de la otra Parte Contratante, deberán recibir de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a reparación, indemnización, compensación u otro arreglo, un tratamiento no menos favorable que el que concede la otra Parte Contratante a los inversionistas nacionales o de cualquier tercer Estado.

2.3.- Análisis de la cláusula de expropiación regulatoria en los Tratados Internacionales.

Luego de los intensos procesos expropiatorios durante las décadas de los 60s' y 70s', en que la atracción de inversión extranjera se deprimió en los países en vías desarrollo, los Estados han buscado incentivar su crecimiento económico a través de la inversión extranjera.

En este contexto, y en el entendido de la relación entre inversión extranjera y desarrollo económico, se ha formulado la necesidad de garantizar, cada vez más, a los capitales extranjeros frente a las actividades regulatorias de los Estados receptores.

De este modo, dichos Estados han establecido garantías que apuntan a disminuir – en el inversionista – la incertidumbre que suele acompañar a una inversión, a través del desarrollo de un marco regulatorio básico que, a su vez, ofrece seguridad jurídica en cuanto a garantías, derechos y obligaciones básicas.²⁸¹

La inclusión de la institución de la expropiación regulatoria dentro de las cláusulas de protección a la inversión de los Tratados Internacionales, se ha enmarcado – en general – dentro del proceso de globalización, y – en particular – en lo que parte de la doctrina ha denominado “Orden Público Económico Internacional.”²⁸²

Este *Orden Público Económico Internacional* que – con patrones de sustancia y comportamiento similares a los del derecho interno de los Estados – sostiene instituciones y principios fundamentales como son la libertad, igualdad, no discriminación y propiedad, ha sido regulado por la comunidad internacional a través de Tratados Internacionales de última generación (aquellos que norman aspectos que van más allá de lo puramente comercial o de la liberalización recíproca de los mercados).²⁸³

En este sentido, la protección de la inversión – considerada como propiedad – ha tenido una importante evolución y, por ejemplo, la institución de la expropiación y su consiguiente indemnización, otrora garantía básica de resguardo del derecho dominio, ha visto extender su aplicación a medidas regulatorias estatales consideradas como *equivalentes a la expropiación*,

²⁸¹ PÁEZ, Marisol. *Op. Cit.* Pág. 3.

²⁸² MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. *El Problema de las Expropiaciones Regulatorias (Regulatory Takings) y sus implicancias en los Sistemas de inversión extranjera*. 2003. En línea, [<http://www.pfeffer.cl/publicaciones/doc/expropiaciones%20regulatorias.pdf?PHPSESSID=fa3092f9ca720bd59b4a19b27f35e58b>]. Visitado el día 24 de agosto de 2008.

²⁸³ *Cfr. Ibídem.*

sobre la base de los más importantes instrumentos internacionales en materia económica: TLCs y APPIs.

2.3.1.- Razones de la incorporación de la cláusula de expropiación regulatoria en los TLCs y APPIs.

La primera razón, y que está en el sustrato mismo de la institución de la expropiación regulatoria, corresponde a la intención de los Estados en captar los flujos de capitales externos, a través de la protección y garantías establecidas a favor de las inversiones que ingresen al país.

Una segunda razón se encuentra en que, en general, el derecho interno de los Estados, no ha reconocido el derecho de indemnización en favor de los inversionistas extranjeros frente a los actos regulatorios del Estado receptor fundados en su poder de policía.

Los fines de dichas regulaciones – usualmente basados en aras de satisfacer un interés público y social, y dando cumplimiento a las obligaciones fundamentales del Estado en la búsqueda del bien común – han obstaculizado la posibilidad de recibir una indemnización una vez ejecutada las medidas.²⁸⁴

De este modo, las regulaciones con efectos expropiatorios respecto a las inversiones extranjeras, en general, no se ventilan en tribunales de derecho interno, sino en tribunales internacionales que las analizan a la luz de eventuales infracciones de las normas del Tratado que hayan suscrito los

²⁸⁴ ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL. *El Proyecto del ALCA y los derechos de los Inversionistas "un TLCAN PLUS"*. Publicado el 19 de junio de 2001. En línea, [<http://www.asc-hsa.org>]. Visitado el día 15 de diciembre de 2007. Pág. 6.

Estados miembros y del Derecho Internacional, sin entrar en la calificación de los fines en que se basa la medida.

Así en el caso *Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos*, el CIADI estableció: “La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquellos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto.”

Por último, y como tercera razón de la incorporación de esta cláusula, encontramos el hito de que la costumbre internacional tampoco reconoce el derecho a compensación frente a actos de policía de los Estados receptores de inversión. Así, la doctrina ha afirmado: “La costumbre internacional no reconoce el pago compensatorio por una expropiación cuando el fundamento invocado por el Estado sea el ejercicio de su poder de policía o utilidad pública.”²⁸⁵

2.3.2.- Evolución de la cláusula de expropiación regulatoria en instrumentos internacionales.

En un principio, los instrumentos internacionales consagraron esta institución en términos simples, vagos y amplios, tornando en extremo imprevisible su aplicación por parte de los Tribunales Internacionales.

²⁸⁵ PAÉZ, Marisol. *Op. Cit.* Pág. 5.

Es en este contexto en que una de las principales críticas que se hace a esta cláusula – su ambigüedad – ha sido salvada por los diversos TLCs y APPIs que se están suscribiendo.

Un ejemplo de esta evolución se constata al comparar el Tratado de Libre Comercio del Norte (TLCAN) con el TLC suscrito entre Chile y EE.UU, en que si bien fueron redactados de forma similar, tienen evidentes matices que los perfilan de modo diferente: en el TLC Chile-EE.UU “se acota la definición un tanto ambigua de expropiación indirecta. En el anexo interpretativo, Anexo 10-D Expropiación, en su inciso 4 parte b, se señala que ‘salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.’”²⁸⁶

2.3.3.- Innovaciones dogmáticas introducidas por la cláusula de expropiación regulatoria.

- Propiedad y Expropiación.

Los APPIs y TLCs al incluir esta cláusula de protección a favor inversionistas, han generado algunas innovaciones frente a la expropiación, entregando una protección a la propiedad más amplia que la conocida en nuestros cuerpos normativos, y a su vez más vaga, lo que

²⁸⁶ PIZARRO, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 2. En esta línea, la doctrina ha señalado que la regla general, entonces, en el TLC Chile-EEUU es que “las afectaciones que pudieren provocar en las inversiones medidas de carácter medioambiental, no podrían servir de base para reclamar una expropiación indirecta y, en consecuencia, una eventual indemnización. TALLAR DELUCHI, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 266.

sea traducido en que esta institución evolucione mediante la creación jurisprudencial.

Podemos distinguir tres aspectos importantes de esta definición extendida o amplia de expropiación, que los tomaremos del TLCAN, ya que ha sido el Tratado modelo para otros suscritos por Chile.

“1.- La propiedad privada no sólo se refiere a la tierra y recursos, sino también al valor comercial de la propiedad determinado por el mercado, incluyendo el activo y las futuras ganancias de la compañía.

2.- Tradicionalmente una compensación se adjudicaba sólo cuando el valor total de la propiedad se perdía. Bajo la nueva definición, es adjudicable incluso cuando sólo una parte de su valor comercial se pierde.

3.- La propiedad no sólo se ve afectada por medidas expropiatorias directas, sino que también por medidas equivalentes a una expropiación que requieren compensación. Esto significa que una amplia gama de políticas de gobierno, leyes y medidas administrativas pueden ser consideradas con un efecto similar al de una expropiación propiamente tal.”²⁸⁷

- *Expropiación e Indemnización.*

Tradicionalmente, la mayoría de los instrumentos internacionales sobre la materia, han contemplado como requisito de la expropiación directa de una inversión extranjera, el pago compensatorio.

²⁸⁷ GREENFIELD, Gerard. *Op. Cit.* Pág. 4.

La extensión de la aplicación de las condiciones de la expropiación directa a medidas regulatorias con efectos expropiatorios, ha tenido como consecuencia, que los inversionistas extranjeros tengan derecho a exigir una indemnización que compense los daños causados por dichas medidas.

- *Monto de la indemnización.*

Aparte de la introducción de medidas equivalentes a expropiación y la correspondiente indemnización se ha innovado, a través de los Tratados Internacionales, respecto de la protección de la propiedad, en lo que se refiere al monto de la indemnización, la que no incluye sólo el valor comercial de la inversión (tal y como sucede con las expropiaciones directas a que están sujetos los nacionales del Estado receptor de la inversión), sino que además otros criterios para determinar el valor justo de mercado como las futuras ganancias o la relevancia de la expropiación de una parte en relación al resto de la inversión.

En conjunto, se deben pagar intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación y hasta la fecha de pago.²⁸⁸

Al mismo tiempo se establece la obligación de que la indemnización sea pagada sin demora y ésta sea liquidable, para ser transferida sin obstáculos, lo antes posible por parte del expropiado.

²⁸⁸ AYÓN CARRANZA, Sergio. *La expropiación en México y en el TLCAN: Un enfoque analítico*. Tesis para optar al grado Licenciado en Derecho con especialidad en Derecho Internacional de la Universidad de las Américas Puebla. Profesor guía Moisés Romero Beristain. Puebla, México, 2003. En línea, [http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/ayon_c_s/capitulo3.pdf]. Visitado el día 20 de enero de 2008. Pág. 6.

De igual modo, se establecen garantías para que la indemnización sea pagada en monedas que sean seguras y estables (no devaluables rápidamente), y que sean convertibles sin trabas.

De este modo, se ha establecido que se debe pagar el monto de la indemnización en alguna moneda del Grupo de los Siete. En caso contrario, si la indemnización es establecida en otra moneda, jamás el monto a pagar podrá ser menor al equivalente que recibiría en una moneda del Grupo de los Siete.²⁸⁹

En conclusión, del análisis realizado, nos encontramos frente a una institución de origen anglosajón, que se ha internacionalizado—principalmente— por la necesidad de atraer inversión extranjera por parte de los Estados, los que han establecido este mecanismo como una garantía para los inversionistas extranjeros.

La expropiación regulatoria se ha consagrado en los APPIs y TLCs, y ha sido a través de ellos, que esta institución ha proliferado y evolucionado, en el contexto problemático de su aplicación.

Los Estados de a poco han ido cambiando los términos de esta cláusula, definiendo sus lineamientos y logrando cada vez mayores garantías para los inversionistas extranjeros.

²⁸⁹ Debemos tener en cuenta que en tiempos de crisis económicas, las monedas fluctúan y se devalúan rápidamente, sumado al hecho de que justamente es en estas circunstancias cuando se generan los mayores casos de expropiaciones regulatorias. Así, el caso de Argentina, uno de los países que actualmente tiene más demandas pendientes en tribunales arbitrales internacionales como el CIADI, que tuvo un fuerte proceso de pesificación de su economía.

Las consecuencias de la suscripción de estos instrumentos internacionales serán objeto de estudio más adelante.

3.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

3.1.- Generalidades.

Como ya hemos señalado, al momento de invertir, no es menor el tema del sistema legal que tenga el Estado receptor de la inversión, especialmente si éste permite a los inversionistas hacer valer sus derechos y entrega las herramientas para resolver las controversias que puedan surgir de sus actividades, obviamente bajo un régimen de igualdad, de modo expedito y eficiente.²⁹⁰

En orden a lo anterior, se han creado diversas alternativas para lograr una solución a las controversias que se pueden suscitar al momento de invertir o durante el desarrollo de la inversión. Al respecto se ha postulado que la solución más eficiente es aquella que permite a las partes en conflicto resolverlo de manera expedita (que se emplee un tiempo razonable en su resolución), segura (que no dañe la inversión y que cumpla con el debido proceso) y ejecutable (posibilidad real de cumplimiento de lo resuelto).²⁹¹

²⁹⁰ El sistema político también será evaluado al momento de invertir, porque claramente puede ser un elemento de presión a los órganos que deban solucionar las controversias. “En efecto, un inversionista serio busca un sistema legal donde los derechos de propiedad, los acuerdos contractuales y otras actividades legales sean resguardados, respetados, libres de la acción arbitraria del gobierno y de la presión de grupos de interés o de individuos poderosos.” SHIHATA, Ibrahim. *Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank*. En THE WORLD BANK, *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean*. Washington D.C., Estados Unidos, 1995. Pág. 369.

²⁹¹ MAYORGA LORCA, Roberto; MORALES GODOY, Joaquín y POLANCO LAZO, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 246.

Por ello se ha tendido a entregar a un tercero – ajeno al Estado receptor y al Estado del cual es nacional el inversionista – el análisis del caso a fin de que lo resuelva imparcialmente.

Las ventajas del arbitraje están dadas sobre todo por su flexibilidad y la posibilidad de poder ser diseñado a la medida y necesidades del conflicto que se busca resolver, como por ejemplo en la elección de los jueces o árbitros que podrán ser especialistas en la materia que conocerán y emitirán el laudo sobre el asunto controvertido.

Así, en función de dichas ventajas, “el arbitraje internacional se ha transformado en uno de los medios preferidos para la solución de controversias en materia de inversión y comercio, que las partes han sido incapaces de resolver judicialmente, por negociación directa o conciliación.”²⁹²

Para alcanzar una decisión que sea vinculante para las partes, que se respeten los derechos de cada una de ellas y que se debata en un plano de igualdad, ha nacido el arbitraje internacional, y respecto de la inversión extranjera el más importante es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a la Inversión, o CIADI, que es el que analizaremos en esta memoria por su especialización en inversión extranjera, así como por su importancia en el desarrollo de la institución de la expropiación regulatoria.

²⁹² DELAUME, Georges, *Law and Practice of Transnational Contracts*. New York, Estados Unidos, 1998. Pág. 354.

3.2.- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversión, CIADI.

El CIADI es una organización pública de arbitraje institucional, que pertenece al Banco Mundial, teniendo su sede en Washington D.C. Su objetivo es promover la inversión extranjera, pero también despolitizar las controversias entre los países y empresas extranjeras. Se circunscribe a una relación netamente entre “Estado-Particular”, evitándose así cualquier tipo de protección diplomática, constituyéndose, de ese modo, en casi la única instancia donde los particulares tienen la posibilidad de demandar directamente a un Estado receptor de inversión extranjera.²⁹³

La normativa que lo rige se encuentra en cinco textos legales: el Convenio de Washington²⁹⁴; el Reglamento Administrativo y Financiero²⁹⁵; Reglas de Iniciación²⁹⁶; Reglas de Arbitraje²⁹⁷; y Reglas de Conciliación²⁹⁸. Conjuntamente existe un Reglamento del Mecanismo Complementario que tiene por fin regular el procedimiento que puede existir entre un particular y un Estado que no es miembro del CIADI o en caso de que no sea objeto de controversia un tema de inversión.²⁹⁹

²⁹³ MAYORGA LORCA, Roberto; MORALES GODOY, Joaquín y POLANCO LAZO, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 249.

²⁹⁴ Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. En línea, [http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/in_tl_conv/caicwas1.asp]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

²⁹⁵ Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa-archive/7.htm>]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

²⁹⁶ Reglas de Iniciación del CIADI. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partD-rule.htm>]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

²⁹⁷ Reglas de Arbitraje del CIADI. En línea, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa-archive/ICSID_Spanish.pdf]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

²⁹⁸ Reglas de Conciliación del CIADI. En línea, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

²⁹⁹ MAYORGA LORCA, Roberto. *CIADI, Un instrumento para inversionistas internacionales*, Revista del Abogado N° 31, año 9, Julio 2004. Publicación del Colegio de Abogados de Chile, Santiago, Chile. Pág. 6.

Chile suscribió el Convenio de Washington en el año 1991, el que fue aprobado y publicado al año siguiente, naciendo la posibilidad de someter todo tipo de controversias surgidas con ocasión de una inversión extranjera al conocimiento del CIADI, siempre y cuando se combine la calidad de Chile como suscriptor de este Convenio, y además como signatario de un APPI con el Estado del cual es nacional el inversionista con quién se ha generado un conflicto. Conjuntamente en una de las cláusulas del APPI deberá contemplar que se someten las controversias a la jurisdicción del CIADI.

3.2.1.- Formalidades para interponer una demanda ante el CIADI.

Para que el CIADI pueda conocer de un conflicto en materia de inversión debe existir una solicitud de arbitraje, la que debe cumplir con ciertos requerimientos o formalidades, que son las que pasamos a analizar.

a.- Consentimiento.

En primer lugar, debe existir el consentimiento de las partes, del que se ha señalado “constituye la piedra angular de todo el sistema del CIADI y es la base para que la decisión sobre el asunto controvertido sea vinculante para las partes.”³⁰⁰

La primera interrogante que surge ante este requisito, es que en esta etapa es tan sólo una de las partes (el inversionista) la que solicita el arbitraje, mientras la contraria (el Estado) no está, *vis a vis*, en conocimiento de la solicitud ni tampoco tiene actuación.

³⁰⁰ BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. Reporte de los Directores Ejecutivos. En ICSID Reports. vol. 1, epígrafe V, N° 23. 2006. Pág. 28.

El consentimiento es uno de los pilares fundamentales para la existencia y posterior conocimiento del conflicto por el arbitraje que otorga el CIADI. Este consentimiento no se presume, debe ser otorgado expresamente por las partes en conflicto, y no basta que ambos Estados hayan suscrito el Convenio de Washington, se requiere además el consentimiento adicional o un acuerdo expreso en que se entrega en conocimiento del conflicto al CIADI entre el Estado receptor y el nacional de otro Estado contratante.

Esta aquiescencia, una vez otorgada en los instrumentos internacionales, tiene carácter vinculante y es irrevocable, por lo tanto una vez concedida no puede ser retirada por ninguna de las partes.

“De esta manera, se entiende que el consentimiento debe existir para el Estado parte en la controversia y para el Estado nacional del inversor parte en la controversia, en el momento en que se presenta la solicitud de arbitraje al CIADI.³⁰¹

No existe restricción respecto del instrumento en que deba estar contenido el consentimiento, por lo tanto, no debe obligatoriamente expresarse en un acto jurídico único y es por ello que puede constar en un tratado en materia de inversión o en un compromiso arbitral entre las partes. Inclusive existe la posibilidad que un Estado exprese su acuerdo de someter a arbitraje los conflictos derivados de inversión extranjera, por la dictación de una norma interna que así lo determine.³⁰²

³⁰¹ VIVES, Julio. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Primera edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, España, 1998. Pág. 60.

³⁰² MAYORGA LORCA, Roberto; MORALES GODOY, Joaquín y POLANCO LAZO, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 185.

Por lo tanto, se puede concluir que, el beneplácito de las partes en conflicto para someterlo a arbitraje por el CIADI, puede contenerse en distintos instrumentos como en el ámbito contractual, mediante una cláusula contenida en un contrato celebrado entre ambos; del mismo modo puede contenerse a través del derecho interno, a través de una ley de inversiones que lo determine³⁰³; y, por último, también puede estar contenido en un instrumento internacional como un APPI o TLC sobre la materia y que contemplen otorgar jurisdicción para solución de controversias sobre inversión extranjera al Centro.³⁰⁴

Esta última vía ha sido la más utilizada a nivel mundial para manifestar previsoramente que en caso de ser necesario resolver un conflicto se entrega su conocimiento al CIADI, esto ha sido denominado como una “oferta abierta de consentimiento” lo que ha producido el aumento de los casos sometidos al conocimiento del CIADI.

Por otro lado, antes de presentar la solicitud ante el CIADI, se han establecido requisitos habilitantes que deben cumplirse con anterioridad a que conozca del asunto controvertido, como la realización de consultas amistosas antes de realizar la solicitud de arbitraje al Centro y que no se haya optado por la jurisdicción doméstica del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, y a diferencia de lo establecido en el Derecho Internacional consuetudinario, no existe la necesidad de agotar los procedimientos internos, aunque existen excepciones.³⁰⁵

³⁰³ Un ejemplo de ello es la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela de fecha 3 de Octubre de 1999.

³⁰⁴ Por ejemplo, México y Canadá, que son Estados no signatarios del CIADI y que han utilizado el Mecanismo Complementario o las Reglas de arbitraje UNCITRAL.

³⁰⁵ Así queda establecido en el Artículo 26 de Convenio de Washington: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier

En otras ocasiones puede suceder que un Estado no sea suscriptor del Convenio, lo que no impide a que el asunto controvertido sea sometido a la jurisdicción de arbitraje del CIADI, pero debe ser solicitado por las partes en conflicto, aprobado su conocimiento por el Secretario del Centro y se regirá por las normas del Mecanismo Complementario, creado especialmente con el objeto de impulsar la actividad del CIADI, en aquellos casos en que no era naturalmente competente en virtud del Convenio, porque una de las partes en desacuerdo no lo ha suscrito; o para que se conozcan asuntos en que se deban arreglar diferencias que no surjan directamente de una inversión; y, por último, para procedimientos de acreditación de hechos.

“En nuestro país, aun cuando una cláusula CIADI no se encuentre pactada en un contrato de inversión extranjera, los inversionistas de Estados partes de la Convención de Washington y que han suscrito un APPI con Chile donde se haya pactado dicho mecanismo de solución de controversias, pueden acudir al CIADI, en razón de ese instrumento internacional. En el evento que el Estado del inversionista no sea parte, siempre se podrá solicitar voluntariamente y de común acuerdo, un arbitraje bajo las reglas del Mecanismo Complementario del mismo Centro.”³⁰⁶

b.- Competencia *ratione materiae*.

Este requisito dice relación respecto de que debe tratarse de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión,

otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”

³⁰⁶ MAYORGA LORCA, Roberto; MORALES GODOY, Joaquín y POLANCO LAZO. *Op. Cit.* Pág. 258.

quedando fuera de la competencia del Centro, las diferencias de carácter meramente comercial.

En este punto debe tenerse en cuenta el amplio análisis del concepto de inversión extranjera que se ha elaborado incluso en los mismos Tratados en su apartado de definiciones.

c.- Competencia *ratione personae*.

Este tercer requisito, que se considera fundamental para la competencia del CIADI, se refiere a que la controversia debe suscitarse entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante. El tema de la nacionalidad no es menor tanto respecto de personas naturales como de personas jurídicas.

d.- Competencia *ratione temporis*.

La regla se refiere a que no puede aplicarse la protección del APPI retroactivamente. Debe entenderse este requisito no respecto de la fecha en que se estableció la inversión, sino respecto de la fecha en que acaeció la controversia, la cual debe generarse posteriormente a la entrada en vigencia del Tratado.

El sistema de arbitraje ofrecido por el CIADI ha aumentado constantemente a través de los últimos años, esto debido a que el factor tiempo ya no es un impedimento para someter conflictos a su decisión, cada vez son más los APPIs y TLC que se han suscrito, por lo cual los problemas que se susciten bajo su vigencia en el ámbito de las inversiones no quedarán excluidos del conocimiento de este tribunal internacional.

Es así como ahora su agenda está más ocupada que nunca. Un ejemplo de lo anterior es que en la década de los '70 tan sólo se presentaron 9 casos, en la década siguiente se iniciaron 15 casos, posteriormente en los '90 dicha cifra aumentó a 39 casos, y actualmente, en los últimos años se han presentado más de 100 casos al conocimiento del CIADI.³⁰⁷

e.- Otros aspectos relevantes.

Junto con los factores de competencia, debemos analizar otras cláusulas que se encuentran en los Tratados y que, de igual modo, determinan la facultad de presentar un caso ante el CIADI, es el caso de la Cláusula de Opción Única y Definitiva de Jurisdicción y las Consultas Amistosas Previas.

La cláusula de Opción Única y Definitiva de Jurisdicción hace referencia a que el Tratado entrega al inversionista la opción de elegir entre la jurisdicción interna o la arbitral-internacional para resolver el conflicto, y que una vez realizada la elección por una implica la renuncia definitiva de la otra.

Es por ello, que debe actuarse con cautela al momento de iniciar la resolución del conflicto por cualquier vía, de modo de evitar posibles excepciones de incompetencia o falta de jurisdicción, las que dilatarán el arbitraje. Por otro lado, existen APPIs y TLC que contienen cláusulas que establecen que se debe promover consultas amistosas previamente a la solicitud de arbitraje, para luego – en caso de no ser exitosas – solicitar el

³⁰⁷ *Ídem*. Pág. 257.

arbitraje ante el CIADI, todo esto con la finalidad de evitar procesos innecesarios cuando sea posible lograr una solución amistosa.³⁰⁸

3.2.2.- Características del Procedimiento.

En primer lugar se trata de un arbitraje especializado respecto de materias de inversión extranjera, y que constituye una forma más elaborada de protección de las inversiones extranjeras que sustituye la protección diplomática, en la cual un Estado hacía suya la causa de sus nacionales al momento de generarse un procedimiento de arbitraje³⁰⁹, por lo tanto, no cabe aplicar principios del arbitraje comercial, como sucede en las reglas UNCITRAL.

El derecho aplicable al asunto controvertido según el artículo 42 del Convenio de Washington, en primer lugar serán las normas acordadas por las partes, y si no existe acuerdo se aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas del derecho internacional que pudieren ser aplicables.³¹⁰

Los árbitros serán, en primer término, elegidos tanto en su número como en su nombramiento por las partes en conflicto, de lo contrario serán

³⁰⁸ Respecto de los requisitos o formalidades para solicitar arbitraje ver MAYORGA LORCA, Roberto. *CIADI. Un instrumento para inversionistas internacionales*, Op. Cit. Págs. 7-8.

³⁰⁹ VIVES, Julio. *Op. Cit.* Pág. 69.

³¹⁰ Convenio de Washington, Artículo 42: (1) 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.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

tres los árbitros, designados uno por cada parte, a condición que no sea de su misma nacionalidad, y el restante oficiará de presidente y será elegido por acuerdo entre las partes de una lista que posee el CIADI.

El laudo es inapelable y para su revisión sólo procede el recurso de nulidad por causales específicas vinculadas a eventuales vicios del procedimiento o probidad de los jueces.

En cuanto a su cumplimiento el sistema del CIADI no contempla que sus sentencias puedan ser revisadas por el sistema legal nacional o negar su reconocimiento o cumplimiento como lo dispone el art. 54 de la Convención de Washington:

“Todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio un carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.”

Así, para las partes de un proceso arbitral que ha supeditado un conflicto a las normas del CIADI, se encuentran obligadas a acatar y cumplir el laudo en todos los términos, el que no podrá ser objeto de apelación ni de otro recurso, excepto de los previstos en la Convención que son los de rectificación, nulidad y revisión. Es por ello que se ha señalado, que el consentimiento otorgado por las partes, para que el arbitraje del CIADI conozca del conflicto surgido entre ellas, constituye la piedra angular de todo este sistema, ya que es este consentimiento el que entrega la jurisdicción al Centro, y que permite la aplicación del Convenio de Washington, el que

expresamente otorga el carácter obligatorio al laudo arbitral que pone fin a éste.

Cabe señalar que el hecho que el CIADI pertenezca al grupo del Banco Mundial, agrega un elemento coercitivo adicional, para que los Estados que han sido partes de un juicio arbitral se vean compelidos al cumplimiento del fallo, por cuanto tanto sus solicitudes de futuros créditos ante este ente internacional, como asimismo la visión que tenga éste organismo del país condenado, se verá fuertemente influida si el Estado cumple o no con los fallos dictados por el CIADI.

De igual modo, la visión que tenga el Banco Mundial la tendrán otros organismos y Estados dentro del escenario internacional, es por ello que los Estados deben tener en consideración su honor y credibilidad a nivel internacional, la que se verá seriamente afectada, en todo orden, y específicamente como un potencial receptor de inversión extranjera.

Por último, en caso de incumplimiento por un Estado contratante queda expuesto a que se inicie un procedimiento en su contra en la Corte Internacional de Justicia, todo esto según el artículo 64 de la Convención de Washington.³¹¹

Pero, en general, y a pesar de aquellos Estados contra quienes se han interpuesto numerosos procesos en su contra, se puede desprender de los artículos 53 y 54 de la Convención de Washington, que un laudo otorgado

³¹¹ CONVENIO DE WASHINGTON, Artículo 64: "Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo."

bajo la Convención del CIADI, se puede imponer en los Estados contratantes sin resistencia posible.³¹²

Es así como el artículo 53 señala:

“El laudo debe ser definitivo para las partes y no estará sujeto a ningún tipo de apelación o a cualquier otro recurso con excepción de los establecidos en esta convención. Cada parte deberá obedecer y cumplir los términos del laudo, salvo que su obligatoriedad sea suspendida de acuerdo a las normas relevantes de esta convención.”

3.2.3.- Chile en el contexto del CIADI.

Los casos en que Chile se ha visto involucrado, tanto como Estado como por sus nacionales han sido:

- I. Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile.³¹³
- II. MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile S.A. vs. República de Chile.³¹⁴
- III. Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. vs. República del Perú.³¹⁵

³¹² KANTOR, Mark y NOLAN, Michael. *El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía. En Revista Internacional de Arbitraje*, N° 3, vol. 1, Editorial Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia, 2005. Pág. 39.

³¹³ Laudo Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile, dictado por el CIADI, N° ARB/98/2. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

³¹⁴ Laudo MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile S.A. vs. Chile, dictado por el CIADI, N° ARB/01/7. En línea, [<http://www.asil.org/ilib/MTDvChile.pdf>]. Visitado el día 24 de marzo de 2007.

³¹⁵ Laudo Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. vs. Perú, dictado por el CIADI, N° ARB/03/4. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

- IV. Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. vs. República Argentina.³¹⁶
- V. Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. República de Chile.³¹⁷

Especial relevancia tiene el caso de MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile S.A. vs. Chile, el que trata sobre un proyecto comercial y residencial para realizarse en la comuna de Pirque. Esta empresa, de origen malayo, suscribió un contrato-ley con el Estado de Chile para desarrollar un proyecto urbanístico, lo que lograría a través del aporte de flujos de capitales a la empresa MTD Chile, la que a su vez era – en su mayoría – propiedad de la empresa MTD Equity.

Una vez firmado y aprobado el contrato-ley por el Comité de Inversiones Extranjeras, luego de ingresados ya varios aportes de capital, y haber existido ciertos avances del proyecto, se presentaron problemas con el plan regulador de la zona donde se tenía pronosticado desarrollarlo, específicamente éste no permitía que se desarrollará un proyecto de las características de la inversión ingresada por los malayos.

Cabe destacar que el plan regulador metropolitano era el vigente al momento de ingresar la inversión y celebrarse el contrato-ley, por lo tanto este problema era plenamente evitable para esta inversión, este fue un punto de crítica y condenación, tanto para los empresarios malayos por no asesorarse con un mínimo de diligencia, tanto para el Estado de Chile, en aplicación de las normas relativas a asegurar a una inversión los permisos sectoriales necesarios.

³¹⁶ Caso Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. vs. República Argentina, tramitado en el CIADI, N° ARB/03/5. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

³¹⁷ Laudo Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile, dictado por el CIADI, N° ARB/04/7. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

Luego de varias conversaciones infructuosas con el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU) y organismos encargados, con el fin de lograr una solución del conflicto, los inversionistas de MTD ingresaron (agosto, 2001) la solicitud de arbitraje ante el CIADI, en virtud del APPI suscrito entre Chile y Malasia.

MTD apoyó su defensa en primer lugar, basándose en una cláusula existente en los APPI con Croacia³¹⁸ y Dinamarca³¹⁹, y que extendía su aplicación a Malasia en virtud de la cláusula de Nación más Favorecida.

Estos APPIs sostienen que el Estado de Chile se obliga, desde el momento de aprobar el *contrato-ley* de inversión extranjera, a conceder los permisos sectoriales subsecuentes para la realización del respectivo APPI, para MTD la aplicación de estas disposiciones eran parte del deber de Chile de otorgar un trato justo y equitativo.

Además, basó su demanda en la existencia de una expropiación regulatoria, en cuanto a que su derecho de propiedad se veía afectado por la normativa sectorial del Plan Regulador (al ser imposible obtener el permiso necesario para continuar con su proyecto), además de afectar esencialmente su inversión.

Este último argumento fue desechado por el tribunal arbitral, bajo la idea de que la existencia anterior del Plan Regulador Metropolitano de Santiago, en conjunto con la facultad de la República de Chile a modificarlo,

³¹⁸ Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Croacia. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/CROACIA.pdf>]. Visitado el día 24 de marzo de 2007.

³¹⁹ Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Dinamarca. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA%20ESPANOL.pdf>]. Visitado el día 24 de marzo de 2007.

no obligan al Estado de Chile a cambiar el Plan Regulador Metropolitano, como tampoco el inversionista posee un derecho para exigir ese cambio para que él pueda desarrollar su proyecto.³²⁰

Es importante destacar de este laudo, que contiene una conclusión implícita en la decisión, nos dice que existirá expropiación regulatoria, tan sólo cuando las normas internas de un país receptor de inversión cambien o se modifiquen haciendo imposible el desarrollo del proyecto, con posterioridad a su recepción o puesta en marcha, *a contrario sensu*, cuando las normas están establecidas con anterioridad a la inversión extranjera y ellas no se modifican para permitir el desarrollo del proyecto, tan sólo queda analizar si otras normas o principios de derecho internacional han sido de algún modo incumplidas o transgredidas por el Estado receptor, como las cláusulas de trato justo y equitativo.

Con fecha 25 de mayo del año 2004 se dictó el laudo arbitral que finalmente sostuvo que la República de Chile rompió sus obligaciones de trato justo y equitativo contenidas en el APPI suscrito con el Estado de Malasia en el año 1992, concluyendo que el estándar de esta cláusula debía interpretarse de la manera más conducente al cumplimiento de los objetivos

³²⁰ Considerando N° 214: “Como ya se indicó, el Tribunal está de acuerdo con el argumento del demandado de que el inversionista no tiene derecho a una modificación de las leyes del país receptor. Como argumenta el demandado “todo Estado tiene el poder de enmendar cualquiera de sus leyes. El sólo hecho que Chile pueda cambiar el PMRS no significa, sin embargo, que Chile esté obligado a ello.” El asunto en este caso no es la expropiación, sino el tratamiento injusto por el Estado cuando aprobó una inversión contra su propia política de Estado. El inversionista no tiene el derecho a una enmienda del PMRS. No es un permiso que haya sido denegado, sino un cambio en una regulación. Era la política del demandado y el inversionista no tenía derecho a que se la cambiaran. Por la misma razón, fue injusto admitir la inversión en el país en primer lugar.” La traducción es de los autores.

del APPI, cuales son proteger y promocionar las inversiones extranjeras, como asimismo crear las condiciones favorables a ellas.³²¹

El Estado de Chile, finalmente, fue condenado a pagar la suma de USD\$5.871.322.

A la luz del razonamiento del tribunal correspondía plenamente considerar que las normas de los APPI de Croacia y Dinamarca, que circunscribían a la admisión de la inversión extranjera la seguridad de obtener los permisos sectoriales necesarios, eran parte de un estándar mínimo de protección a la inversión extranjera y completamente aplicables a los inversionistas malayos.³²²

Chile, por su parte, interpuso un Recurso de nulidad en contra de este laudo arbitral. Para su conocimiento se conformó un comité ad-hoc. “Los abogados patrocinantes de Chile argumentaron que el tribunal arbitral había

³²¹ Considerandos 188 y 189: “188. El Tribunal ha encontrado que Chile trató injusta e inequitativamente a los demandantes al autorizar una inversión que no podría tener lugar por razones de su política urbana. Los demandantes han basado sus argumentos en el hecho que “el lugar del Proyecto era un supuesto fundamental del acuerdo entre MTD y el Estado de Chile. MTD tenía *derecho* a ese lugar, y el Estado de Chile tenía una obligación correlativa de tomar aquellos pasos necesarios para permitir el uso del lugar para el desarrollo del Proyecto.” El Tribunal acepta que la autorización de invertir en Chile no es una autorización general, sino sólo el comienzo de un proceso de obtención de los permisos necesarios y aprobaciones de variadas agencias y departamentos de gobierno. Es también aceptado que el Gobierno ha procedido de acuerdo con sus propias leyes y políticas en orden a otorgarles tales permisos y aprobaciones. La cláusula cuarta del Contrato de Inversión Extranjera no tendría sentido si fuera de otra manera. Por lo tanto, el Tribunal encuentra que Chile no infringió el TIB en cuanto al cumplimiento del Contrato de Inversión Extranjera. 189. Como ya se discutió, bajo el tratamiento justo y equitativo, lo que es inaceptable para el Tribunal es que una inversión sea aprobada para un lugar en particular-especificado en la solicitud-, cuando el objetivo de la inversión está en contra la política de gobierno. Incluso, aceptando la limitada relevancia de los Contratos de Inversión Extranjera respecto de otros permisos y aprobaciones que puedan ser requeridas, ellos deberían ser al menos una indicación que, desde el punto de vista del Gobierno, el Proyecto no está en contra de su política.” La Traducción es de los autores.

³²² MAYORGA LORCA, Roberto; MORALES GODOY, Joaquín y POLANCO LAZO, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 266.

adoptado una interpretación ‘extrema’ de la disposición del tratado que tenía el efecto de imponer obligaciones extensivas sobre Chile para que dispusiera ‘buena gobernanza’ frente a los inversores.”³²³

“Según la opinión de Chile, en su interpretación de la obligación de ‘trato justo y equitativo’ el tribunal no aplicó el derecho internacional, o lo hizo de una manera tan apresurada e injustificable que concluyó en la no-aplicación del derecho internacional. Chile afirmó que, en cambio, el tribunal arbitral basó su interpretación de ‘trato justo y equitativo’ en un ‘dictamen’ contenido en otro laudo de un tratado de inversión, en el caso de Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos.”³²⁴

Los argumentos de Chile esgrimidos para anular el laudo no fueron suficientes, y finalmente el día 22 de marzo del 2007, el Estado de Chile fue notificado de la decisión del comité ad-hoc que confirmó el laudo.

3.3.- Jurisprudencia del CIADI en materia de expropiación regulatoria.

El CIADI, como principal tribunal de inversiones, junto con ser un organismo especializado, ha sido el principal motor de la evolución de la institución de la expropiación regulatoria. De hecho, las controversias más comunes que se interponen ante este organismo dicen relación con la reglamentación de la inversión extranjera y la expropiación indirecta.

³²³ INSTITUTO INTERNACIONAL DE DESARROLLO SOSTENIBLE. *Noticias sobre Tratados de Inversión*. Traducción de María Candela Conforti, 2007. En línea, [<http://www.iisd.org/investment/itn>]. Visitado el día 24 de septiembre de 2008.

³²⁴ *Ibidem*.

De lo anterior, se desprende la relevancia de analizar algunos laudos pronunciados por el CIADI en materias relativas a expropiación indirecta, a fin de conocer y distinguir los criterios comunes en dicho ámbito.

3.3.1.- Corporación Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos. ³²⁵

Metalclad, compañía originaria de Estados Unidos, presentó demanda en contra del gobierno mexicano ante el CIADI, con fecha 2 de enero de 1997, de acuerdo con el artículo 1120 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y fundándose en una serie de antecedentes de especial relevancia en materia de expropiaciones regulatorias que pasamos a detallar.

En 1993, la empresa Metalclad compró la empresa mexicana COTERIN, a fin de adquirir y operar un confinamiento de residuos tóxicos, el que debía construirse en el municipio de Guadalcázar, estado de San Luis de Potosí, México. Dicha operación se concretó luego de que COTERIN lograra obtener los permisos correspondientes de la Secretaría de Medio Ambiente para construir y operar el confinamiento, quedando pendiente sólo el permiso de construcción que debía otorgar el respectivo Municipio.

Particularmente, respecto del permiso de construcción municipal se suscitó el conflicto, debido tanto a las presiones de parte de la comunidad eminentemente agrícola de la Región, como también a una serie de prácticas cuestionables del confinamiento durante la década de los noventa.³²⁶

³²⁵ *Op. Cit.*

³²⁶ La empresa Confinamiento Técnico de Residuos Industriales comenzó a operar en ese sector en 1989 y 1991, estos consistieron en perforaciones en el valle de La Pedrera, la información entregada al respecto a los pobladores fue que con dichos trabajos se estaba buscando agua para surtir a las comunidades vecinas y asimismo realizar obras de beneficio agrícolas, sin embargo, muy lejos de cumplir sus promesas, depositó ilegalmente 20.500 toneladas de residuos peligrosos a la intemperie y sin ninguna medida de seguridad.

Cuando Metalclad inició la construcción de la planta, el Municipio de Guadalcázar le exigió obtener permisos de construcción, que emanaban de sí mismo. Ante este requerimiento, Metalclad presentó los documentos solicitados para obtenerlo, no obstante continuar la construcción de la planta de confinamiento. Sin embargo, luego de trece meses y posteriormente a la inauguración de la planta, el permiso de construcción fue denegado, y se decretó el cese de operaciones de la planta.

Cabe destacar que todos y cada uno de los permisos necesarios a nivel estatal y federal habían sido otorgados en tiempo y forma, por lo que – al parecer de los inversionistas – la denegación fue arbitraria, y encubría propósitos que no tenían relación con la construcción, sino que buscaban poner fin al funcionamiento de la empresa. Por su parte, los argumentos esgrimidos por el Municipio, se fundamentaban en que era impropio que la construcción se hubiera iniciado antes de la obtención del respectivo permiso municipal.

En 1997, Metalclad inició el proceso arbitral en contra del gobierno de México, argumentando que se había transgredido dos disposiciones del TLCAN:

a.- El artículo 1105 que asegura un trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas a su inversión. Según Metalclad, la denegación del permiso de construcción se encontraba fuera de la competencia del Municipio, ya que al momento de analizar una construcción no debía tomar consideraciones ambientales, debido a que dicha facultad estaba entregada a órganos federales sectoriales

Información en CEPAL. *El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí*. En línea, [www.cepal.cl]. Visitado el día 20 de noviembre de 2007.

especializados, cuyas autorizaciones sí habían sido otorgadas para el funcionamiento de la planta de confinamiento.

b.- El artículo 1110 que establece que las Partes no podrán nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente una inversión de otra Parte, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad y mediante indemnizaciones justas. Metalclad consideró que la denegación del permiso de construcción bajo pretextos ambientales constituía una medida equivalente a la expropiación, por la que no había recibido una indemnización justa.

Finalmente, y con posterioridad a la solicitud de arbitraje, el gobernador emitió un Decreto declarando como Área Natural Protegida al territorio en que se emplazaba el confinamiento. Este Decreto tuvo como efecto impedir para siempre la operación del recinto, y no obstante haberse decretado con posterioridad a la presentación ante el CIADI, fue un importante antecedente que consideró el Tribunal en su decisión.

Por su parte, para el Estado de México, la negativa municipal no representaba una medida de expropiación, sino el ejercicio de una legítima facultad reguladora de la administración por motivos de interés público.³²⁷

En lo pertinente a nuestra memoria, los aspectos más relevantes del fallo del tribunal son los siguientes:

³²⁷ Laudo Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos. *Op. Cit.* Ver párrafos 82, 83 y 84.

“102.- El artículo 1110 del TLCAN establece que “ninguna de las Partes podrá directamente o indirectamente... expropiar una inversión...o adoptar una medida equivalente... a una expropiación... salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y,
- (d) mediante indemnización...”

“Una medida se define en el artículo 201(1) como aquella que incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

103.- Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

104.- Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.

105.- El Tribunal sostiene que la autoridad exclusiva para establecer y permitir un confinamiento de residuos peligrosos reside en el gobierno federal mexicano. Esta decisión es consistente con el testimonio del Secretario de la SEMARNAP y que, como se estableció anteriormente, es consistente con el contenido de la LGEEPA.

106.- Como se determinó anteriormente, el Municipio negó el permiso local de construcción, en parte, por la percepción adversa del Municipio hacia los efectos ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar para el confinamiento. Con lo anterior, el Municipio actuó fuera de su autoridad. Como se indicó anteriormente, la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento.

107.- Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta.

108.- El presente caso se asemeja en varios aspectos pertinentes al caso *Biloune, et al. vs. Ghana Investment Centre, et al.*, 95 I.L.R. 183, 207-10 (1993) (Juez Schwebel, Presidente; Wallace y Leigh, Árbitros). En este caso, un inversionista privado estaba renovando y agrandando un restaurante en Ghana. *Como en el caso de Metalclad, el inversionista, basándose en afirmaciones de una entidad dependiente del gobierno, inició la construcción*

antes de solicitar un permiso de construcción. Como en el caso de Metalclad, una orden de clausura fue dictada después de que una parte sustancial del trabajo se había completado. La orden se basaba en la falta de permiso de construcción. Se presentó una solicitud, pero a pesar de que nunca se negó expresamente, tampoco se otorgó un permiso. El Tribunal consideró que se había llevado a cabo una expropiación indirecta, porque todas las circunstancias tenían el efecto de causar una suspensión irreparable de los trabajos en el proyecto. El Tribunal otorgó especial atención a la justificada creencia del inversionista respecto a las afirmaciones del gobierno por lo que se refiere al permiso, al hecho de que autoridades gubernamentales supieran de la construcción por más de un año antes de dictar la orden de clausura, al hecho de que no se habían requerido permisos de construcción para otros proyectos y al hecho que no había un procedimiento que contemplara las solicitudes de permisos de construcción. A pesar de que la decisión en el caso Biloune no es obligatoria para este Tribunal, tiene autoridad persuasiva y el Tribunal está de acuerdo con su análisis y su conclusión.

109.- El Tribunal no está convencido con la alegación contraria de México. El artículo noveno, por ejemplo, prohíbe cualquier trabajo incompatible con el programa de manejo del Decreto Ecológico. El programa de manejo se define en el artículo quinto como un diagnóstico de los problemas ecológicos del cactus de la reserva y como la preservación ecológica de éste. Además, el artículo catorce del Decreto prohíbe toda conducta que pueda implicar la descarga de contaminantes en el suelo, subsuelo y en toda clase de corrientes o depósitos de agua, así como el desarrollo de actividades contaminantes. El artículo quince del Decreto Ecológico también prohíbe toda actividad que requiera permisos o licencias excepto aquella actividad relacionada con la exploración, extracción y utilización de los recursos naturales.

110.- El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación.

111.- En conclusión, el Tribunal sostiene que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó el artículo 1110 del TLCAN.”³²⁸

Finalmente el CIADI concedió la razón a Metalclad y conminó al Estado mexicano al pago US\$16.650.000 en reparación por los daños causados por la inobservancia de las normas del TLCAN.

El punto central, a nuestro parecer, y por el que finalmente el CIADI condenó a México al pago de la suma señalada, se debe específicamente al hecho de existir una expropiación regulatoria de parte del Municipio de Guadalcázar. No olvidemos que la expropiación regulatoria se produce en definitiva por la aplicación de una medida equivalente a expropiación, y si bien el inversionista objeto de una medida de estas características mantiene la titularidad de su derecho de propiedad, éste se ve de tal manera erosionado por las interferencias realizadas por un organismo gubernamental que neutraliza cualquier beneficio propuesto en el proyecto de inversión.

Por último, creemos necesario identificar las medidas que aplicó el Estado Mexicano a Metalclad y que fueron consideradas por el CIADI al

³²⁸ Énfasis nuestro.

momento de determinar la existencia de una medida equivalente a expropiación:

a.- Primero, la demora excesiva en la respuesta en el permiso de edificación.

b.- Segundo, a través de la negación del permiso de edificación por razones ambientales, fuera de la órbita de competencia del municipio.

c.- Por último, y a pesar de que se trata de una medida tomada con posterioridad a la demanda interpuesta por Metalclad, el Tribunal consideró como un punto importante el Decreto que declaró como Área Natural Protegida el lugar donde se emplazaba el confinamiento.

Para Metalclad, el conjunto de todas estas medidas tuvo el efecto de privarlo, totalmente o en parte significativa, del uso o del beneficio económico que razonablemente esperaba de la propiedad dónde se ubicaba la planta de confinamiento.

Finalmente, el gobierno de México, en atención que el CIADI no explicaba en su fallo “las razones para aceptar sólo las pruebas de Metalclad y desechar sin fundamentos la prueba presentada por su Estado, también aduciendo la inexistencia de audiencias públicas como la imposibilidad de acceder al expediente del caso y, por último, debido a la inapelabilidad de los fallos del CIADI”³²⁹, llevó el caso a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Columbia Británica en Canadá, la que el 2 de mayo de 2001 emitió un fallo a favor de Metalclad, desechó algunas determinaciones del

³²⁹ AYÓN CARRANZA, Sergio. *Op. Cit.* Pág. 14.

Tribunal, fijando una indemnización de alrededor de \$15,5 millones de dólares.

3.3.2.- Técnicas Medioambientales S.A., Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos.

El 16 de febrero de 1996 por decisión del Consejo Administración de Promotora se realizó una subasta pública por un organismo público descentralizado del Ayuntamiento de Hermosillo (en México), con el fin de vender los bienes relativos a un confinamiento de desechos industriales.

En este contexto, los bienes fueron adjudicados a la empresa Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.³³⁰, sociedad mercantil constituida conforme al derecho español, con domicilio en Madrid, España.

En noviembre de ese mismo año Tecmed obtuvo de la autoridad ambiental³³¹ un permiso para el funcionamiento del confinamiento, el que se prorrogaría anualmente. Sin embargo, dos años después fue denegada, por el mismo organismo, la renovación de licencia. En este mismo acto, el INE solicitó a Tecmed que presentará un programa de cierre del confinamiento.

El 28 de julio del año 2000, Tecmed interpuso ante el CIADI una demanda de indemnización por daños y perjuicios, más intereses y subsidiariamente la restitución de las especies respectivas basándose en que

³³⁰ La titularidad de los derechos y obligaciones de Tecmed en relación al confinamiento fueron posteriormente puestos a nombre de Cytrar (sociedad constituida para operarlo).

³³¹ INE. Instituto Nacional de Ecología, Dirección General de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosas de México. Dicho Instituto tiene a su cargo la conducción de la política nacional mexicana en materia de ecología y protección del medio ambiente, además de tener facultades normativas y regulatorias en esta materia.

la actuación de la autoridad constituía un acto expropiatorio de su inversión, sin compensación ni justificación de ningún tipo.

En su opinión, dicha denegación frustró sus justas expectativas de continuidad y duración de la inversión y afectó la recuperación de los montos invertidos. Además, argumentó que la medida le ocasionó la pérdida total de las utilidades y de los beneficios de la operación económica y comercial del confinamiento. Además, sostuvo que le privaron del derecho al uso y goce de los bienes muebles e inmuebles conforme el único fin de los mismos.³³²

Todo lo anterior, según la empresa, constituía una violación de las normas del derecho mexicano y de los arts. 2.1 (promoción y admisión de inversiones), 3.1 y 3.2 (protección de inversiones), 4.1 (trato justo y equitativo), 4.2 (tratamiento más favorable), 4.5 (tratamiento nacional), 5.1, 5.2 y 5.3 (nacionalización y expropiación) del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos (de ahora en adelante, el Acuerdo).

Por su parte, la demandada en su contestación manifestó que al no renovar la autorización sólo ejerció una facultad discrecional en defensa del interés público frente a una empresa de tratamiento de desechos industriales:

“La Demandada niega que el objeto de la licitación y ulterior adjudicación a Tecmed haya sido un confinamiento si por ello se entiende un conjunto o universalidad de bienes tangibles e intangibles que incluye licencias o autorizaciones para operar un confinamiento controlado de residuos peligrosos. La Demandada sostiene que los bienes licitados y

³³² Laudo de Tecmed vs. los Estados Unidos Mexicanos dictado por el CIADI, *Op. Cit.* Párrafo 45.

vendidos por Promotora comprenden exclusivamente ciertos predios, terreno, infraestructura, maquinarias y equipo; pero no permisos, autorizaciones o licencias.”³³³

El reclamo expropiatorio fue abordado por el Tribunal desde dos perspectivas. Por una parte, en cuanto a los efectos de la medida, y por la otra, desde el examen de proporcionalidad del acto administrativo:

a.- Análisis a partir de los efectos de la resolución denegatoria.

El Tribunal consideró necesario determinar si el demandante se vio privado de la utilidad económica de su inversión,³³⁴ así como también si habían cesado los derechos relativos a ella.³³⁵

Para saber si este era un caso de expropiación indirecta o regulatoria, el Tribunal fue claro al sostener que en los términos del Acuerdo lo importante a analizar era si los bienes habían perdido su valor o utilidad, quien se beneficiaba con dicha pérdida, y en qué medida se afectaba la inversión (consecuencias o efectos).³³⁶

Estas características establecen un patrón para determinar, desde la perspectiva del derecho internacional, si la conducta del Estado demandado ha sido en el marco de su poder de policía (que no puede ser calificado de arbitrario o discriminatorio, ni indemnizable), o en realidad, constituye una expropiación indirecta que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos objeto de la regulación y que, por ende, deben ser indemnizados.

³³³ Párrafo 47.

³³⁴ Ver párrafo 115.

³³⁵ Ver párrafo 116.

³³⁶ Ver párrafo 117.

De igual modo, el Tribunal realiza su análisis coordinando las normas del Acuerdo y los principios de derecho internacional,³³⁷ sosteniendo que nos encontramos frente a una expropiación regulatoria si la medida es irreversible y de carácter permanente,³³⁸ y si los bienes o derechos alcanzados por la medida han sido afectados de manera tal que se ha suprimido toda forma de explotación y, virtualmente, su valor económico de utilización, goce o disposición ha sido neutralizado o destruido.³³⁹

Por lo tanto, del análisis realizado por el Tribunal, podemos concluir que en este caso, y a la luz del derecho internacional, existe desde la perspectiva de la privación del derecho de propiedad, la expropiación indirecta “cuando se ha producido el despojo del uso de la propiedad o del goce de sus beneficios y que esta interferencia sea total o completa o a lo sumo una interferencia en dicho uso o goce de efectos o magnitudes equivalentes.”³⁴⁰ Esto, es independiente de la transferencia de la titularidad jurídica de los bienes en concreto.

Por último, la intención del gobierno no es relevante para estos casos, sino más bien los efectos que tengan las medidas adoptadas por alguno de sus órganos.³⁴¹

³³⁷ Ver párrafo 116.

³³⁸ Ver párrafo 116.

³³⁹ Ver párrafo 116.

³⁴⁰ *Cfr.* Laudo *Pope & Talbot Inc. vs. Gobierno de Canadá*, en donde el tribunal arbitral sostuvo que las medidas regulatorias deben interferir en forma sustancial en la inversión para poder ser caracterizadas como una expropiación para el derecho internacional. Es decir, que el grado o intensidad de la interferencia (magnitud y severidad de ese efecto) de la medida (regulatoria), en la inversión realizada, va a determinar si existe “una privación sustancial” de dicha inversión y, por ende, constituye una expropiación bajo los parámetros del derecho internacional.

³⁴¹ Ver párrafo 120.

En definitiva, el Tribunal concluyó en este aspecto que: “La Resolución, al poner fin a dicha operación o actividad en el predio de Las Víboras, destruyó de manera irreversible todo valor económico o comercial directa o indirectamente asociado con tal operación y actividad y con los bienes afectados e indisolublemente ligados a ella. No desmerece tales conclusiones el hecho que la Resolución no ha impedido a Cytrar continuar operando el Confinamiento hasta agotar su capacidad instalada autorizada y existente al momento de aquélla. Dicha continuación limitada, transitoria y parcial de la operación del Confinamiento no desvirtúa los efectos definitiva y totalmente aniquiladores de la Resolución respecto de la inversión a largo plazo relativa al Confinamiento. En virtud de sus efectos cabe pues concluir que la Resolución es una medida asimilable a un expropiación conforme al artículo 5(1) del Acuerdo.”³⁴²

b.- Análisis a partir de la proporcionalidad de la Resolución.

Para determinar si el acto se enmarca dentro de la categoría de expropiatorio, el Tribunal analizó la proporcionalidad³⁴³ de dicho acto sopesando dos aspectos: por un lado, las exigencias del interés público involucrado y, por el otro, la protección al inversor extranjero en cuanto a la privación de su inversión y las legítimas expectativas de ganancia de ella.³⁴⁴

En este sentido, el Tribunal resolvió que los actos regulatorios no deben imponer una carga o peso excesivo al inversionista extranjero, lo que

³⁴² Ver Párrafo 117.

³⁴³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso de Matos y Silva Ltda. y Otros vs. Portugal. Sentencia del 16 de septiembre de 1996. Número 92. En línea, [<http://hudoc.echr.coe.int>]. Sitio visitado el día 6 de marzo de 2008. Otros casos Mellacher y otros con Austria, sentencia del 19 de diciembre de 1989; y Pressos Compañía Naviera y otros con Bélgica, sentencia del 20 de noviembre de 1995.

³⁴⁴ Ver Párrafo 122.

está relacionado con la entidad o dimensión de la privación. Si ésta es de un carácter profundo y que afecta a la inversión de tal modo que sea imposible su ejecución, en dicho caso nos encontraremos frente a una expropiación regulatoria, que debe ser compensada.³⁴⁵

En este caso, el Tribunal consideró que existía una ausencia de motivos de orden, interés o utilidad pública. Esta falta de fundamentación convirtió al acto regulatorio en arbitrario, ya que respondía a circunstancias de orden social y político que no podían ser consideradas como justificación para privar de sus derechos al inversionista. En este contexto, se estableció que la decisión no guardaba la proporcionalidad entre los derechos de Tecmed y el impacto negativo en su inversión.³⁴⁶

Por todo lo anterior, el Tribunal aceptó la demanda, considerando que la medida del Estado Mexicano constituía una expropiación regulatoria, infringiendo los artículos 4 y 5 del Acuerdo. Se condenó a la demandada, los Estados Unidos Mexicanos, a pagar la suma de US\$ 5.533.017.12, más un interés compuesto, capitalizable anualmente, a devengarse sobre dicha suma a partir del 25 de noviembre de 1998 y a una tasa del 6% anual, hasta la fecha del efectivo e íntegro pago a la Demandante.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ Ver párrafo 125.

CAPÍTULO CUATRO.

LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA FRENTE AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CHILE.

1.- CHILE FRENTE A LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.

De todo el análisis realizado, en esta memoria, se desprende la necesidad de considerar el contexto internacional en que Chile se encuentra, al momento de establecer regulaciones que puedan afectar la inversión extranjera de nacionales de otros Estados.

Nuestro país, al igual que otros en vías de desarrollo, ha realizado una apertura económica y asentado sus bases de crecimiento en la atracción y la capacidad de capturar cuotas de oferta de inversión extranjera.³⁴⁷

Para lograr este fin, ha incrementado la suscripción de Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión y Tratados de Libre Comercio, con el objetivo de establecer respecto de la Inversión Extranjera un régimen de seguridad y confianza, basado en la formulación de normas claras para ambas partes, enfocadas principalmente en dar protección y garantías a los inversionistas extranjeros.

“Esta proliferación, en las últimas dos décadas, ha sido sencillamente espectacular. En la práctica, estos acuerdos intergubernamentales

³⁴⁷ GUZMÁN, Andrew; ELKINS, Zachary y SIMMONS, Beth. *Competing for capital: the diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000*. UC Berkeley Public Law Research, 2004. En línea, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578961]. Visitado el día 28 de marzo de 2008. Pág. 2.

comúnmente aplican y extienden los derechos de propiedad garantizados a los nacionales de cada país a los inversionistas extranjeros, incluyendo además a la protección contractual y el derecho de acceder a mecanismos arbitrales en el evento de una disputa o conflicto.”³⁴⁸

“Sin duda alguna, México y Chile, son los países latinoamericanos que con mayor fuerza se han embarcado en el proceso de suscripción de Tratados de Libre Comercio (TLC) y constituyen, además, dos de los ejemplos exitosos en la Región en lo relacionado a atracción de flujos de Inversión extranjera directa.”³⁴⁹

La doctrina ha considerado que la intensa suscripción de instrumentos internacionales de esta naturaleza (APPIs y TLCs) obedece fundamentalmente a los siguientes factores:

“a.- La creciente complejidad de las relaciones económicas internacionales que impone el escenario de la globalización y que ha obligado a contractualizar, de una manera muy específica y detallada, las distintas materias sobre las cuales se negocia.

b.- La experiencia histórica de nacionalizaciones y expropiaciones a inversionistas extranjeros ocurrida no sólo en Latinoamérica, sino también en países como Irán, Libia, Egipto, o Cuba durante los años 50, 60 y 70 y de lo cual nuestro país tampoco fue ajena.

³⁴⁸ *Ídem*.

³⁴⁹ RODAS, Mauricio. *Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile*. Serie Medio Ambiente y Desarrollo, CEPAL, ONU, Santiago de Chile, 2003. En línea, [<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/19765/lcl2038e.pdf>]. Visitado el día 7 de octubre de 2007. Pág. 5.

c.- La diferencia que se plantea hoy en día, tanto en la práctica internacional como en la doctrina, entre las operaciones de comercio y aquellas referidas a “Inversiones”. Así, por ejemplo, la jurisdicción arbitral en materia de comercio internacional queda mayormente reservada a los paneles y mecanismos de solución de controversias de la WTO, mientras que las contiendas referidas a inversiones extranjeras se han concentrado en el ICSID.

d.- La necesidad de generar mecanismos de atracción de la Inversión extranjera directa.”³⁵⁰

No obstante los resultados de esta apertura económica debieran traer importantes beneficios a los países, parte de la doctrina ha identificado serios problemas respecto de la aplicación de algunas de las cláusulas contenidas en estos instrumentos internacionales. Así, ha señalado que “...se puede suponer que los acuerdos comerciales tradicionales conllevan ganancias para todos. Sin embargo, la teoría no sugiere que éste sea necesariamente el caso de los acuerdos más complejos que abordan políticas cuyo ámbito de aplicación va más allá de las fronteras. De hecho, tales acuerdos podrían plantear escenarios de “ganador-perdedor”. Por ejemplo, un convenio internacional para hacer cumplir los derechos de la propiedad intelectual podría a fin de cuentas perjudicar a un país con reducida o nula capacidad de innovación que anteriormente haya sencillamente copiado innovaciones de otros países.”³⁵¹

Por ello, es de particular interés analizar las cláusulas de inversión y los efectos que éstas pueden tener. Así, y a efectos de esta memoria, nos

³⁵⁰ MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. En línea, 2008. *Op. Cit.* Pág. 49.

³⁵¹ BIRDSALL, Nancy y LAWRENCE, Robert. *Deep Integration and Trade Agreements: Good for Developing Countries?* En *International Cooperation in the 21st Century*, Global Public Goods, Oxford University Press, Nueva York, 1999. Pág. 147.

debemos plantear en qué casos podría el Estado quedar expuesto a demandas ante tribunales internacionales, como el CIADI, bajo – por ejemplo – una cláusula de expropiación regulatoria. En ese caso, las consecuencias en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado pueden ser realmente importantes, tanto por las nuevas razones por las que se le podría demandar, como por los altos montos de indemnización involucrados.

En este contexto, un análisis necesario es la determinación de si dichas cláusulas están cumpliendo su objetivo de establecer regímenes que brindan confianza a ambas partes o, por el contrario, se van a perfilar como un factor negativo para el Estado receptor al tener que replantear sus políticas públicas por el temor a verse expuesto a pagar altas sumas de dinero por concepto de indemnización.

En este apartado, se expondrán los principales problemas que se han identificado por la doctrina en la formulación y aplicación de una de estas cláusulas de inversión: la cláusula de expropiación regulatoria; posteriormente, nos enfocaremos en los resguardos que ha propuesto la doctrina con el fin de evitar futuros problemas entre las regulaciones del Estado y los derechos de los inversionistas extranjeros.

1.1.- Problemas en la aplicación e interpretación de la cláusula de expropiación regulatoria.

Una de las principales críticas que se hace a esta institución es que generalmente las disposiciones que la contemplan son vagas e imprecisas en cuanto a la determinación de su alcance.³⁵²

³⁵² PAÉZ, Marisol. *Op. Cit.* Pág. 26.

De igual modo, podemos advertir que, en principio, no existe una descripción legal de las medidas que pueden ser asimilables a un acto expropiatorio, lo que ha llevado a que sea principalmente la jurisprudencia de los tribunales internacionales y doctrina especializada, y en menor medida la costumbre internacional, la encargada de ir estableciendo las pautas determinantes y la extensión de dicho concepto.³⁵³

Es por ello que los países que se encuentran suscribiendo activamente instrumentos internacionales que incorporen en su articulado la expropiación regulatoria, deben de advertir a sus distintas autoridades y órganos, que al momento de dictar medidas, decisiones o actos que regulen de algún modo a alguna inversión realizada por extranjeros, deben previamente analizar si la medida en cuestión puede ser considerada como equivalente a una expropiación.

En este contexto, y en caso de conflictos entre un inversionista extranjero y el Estado receptor, “la doctrina de ‘regulatory takings’ es susceptible de ser aplicada a distintas situaciones de derecho de propiedad en cualquier sistema económico que reconozca y ampara la libertad económica. Es decir, existe un sinnúmero de casos que, aun cuando la doctrina no tenga aplicación directa, puede generarse una interesante construcción de situaciones tanto para reguladores como para tribunales. Así, por ejemplo, para el caso del royalty propuesto por el gobierno del Presidente Ricardo Lagos durante el año 2004 a las actividades mineras, no fueron pocas las fuentes que en su oportunidad insinuaron la opción de accionar en contra del Estado de Chile ante el ICSID (CIADI) por el

³⁵³ HUBENÁK, Juan Manuel. *La Expropiación indirecta de la inversión extranjera en el marco de los Tratados Bilaterales*. En línea, [http://www.revistarap.com.ar/xnovedades_y_noticias.php?id=2694&pid=49]. Visitado el día 17 de marzo de 2008.

incumplimiento de contratos de Inversión extranjera o expropiaciones regulatorias.”³⁵⁴

De esta forma, utilizando los principios que sustentan la doctrina de ‘regulatory takings’, es factible aplicarlos a variadas situaciones, y construir, para ser alegada ante tribunales internacionales, la existencia de una expropiación regulatoria.

Cabe distinguir el conflicto que se crea entre “las protecciones de los inversionistas y la protección del medio ambiente y bienestar humano. El artículo 1110 del TLCAN – base y modelo de los tratados sobre inversión suscritos con posterioridad – exige que cualquier expropiación de la inversión de un inversionista extranjero se realice por causa de utilidad pública y se acompañe de indemnización... La pregunta fundamental que detona esta disposición es: ¿Cuáles medidas gubernamentales constituyen una expropiación – o un “taking” en el lenguaje legal de los Estados Unidos – de la propiedad privada por parte de un gobierno, en primer lugar, y por consiguiente crean la obligación de pagar una indemnización?”³⁵⁵

1.2.- Resguardos del Estado frente a las cláusulas de expropiación regulatoria.

Lo señalado previamente establece la necesidad de analizar los resguardos que pudieran tomar los Estados frente a las inversiones extranjeras.

³⁵⁴ MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. En línea, *Op. Cit.* Págs. 94-95.

³⁵⁵ MANN, Howard y VON MOLTKE, Konrad. *Op. Cit.* Pág. 19.

Antes de esto, sin embargo, se debe hacer un alcance respecto de una cláusula comúnmente establecida en los diversos instrumentos internacionales, y que tiene un efecto de equiparación de garantías – incluyendo la cláusula de expropiación regulatoria – respecto a la generalidad de los inversionistas extranjeros. Ello podría obstaculizar, en cierto sentido, los futuros resguardos que puedan tomarse respecto a posteriores TLCs o APPIs que Chile pueda suscribir, en el sentido de no integrar la cláusula de expropiación regulatoria, toda vez que inversionistas de otros Estados suscriptores podrían aprovecharse de los Tratados firmados previamente que si la incluían.

La cláusula de Nación más favorecida “implica que un Estado receptor no puede brindar un trato menos favorable a un inversionista, que aquél trato que brinda a otros inversionistas extranjeros de otras nacionalidades. Esto permite que el inversionista se pueda beneficiar con el nivel más alto de trato que se le brinde a otro inversionista extranjero.”³⁵⁶

En definitiva, si un APPI o TLC suscrito, por ejemplo entre Chile y Argentina, entrega garantías mejores o más extensas que el APPI entre Chile y Japón, un inversionista japonés que ha invertido en Chile, podrá exigir, en virtud de esta cláusula que se le apliquen todas las garantía entregada por el APPI de Chile y Argentina, incluyendo la cláusula de expropiación regulatoria.³⁵⁷

³⁵⁶ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y RUBIO GUERRERO, Roger. *El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*. Lima Arbitration, N° 1, 2006. En línea, [www.limaarbitration.net]. Visitado el día 20 de junio de 2008. Pág. 103.

³⁵⁷ Con todo, hay casos en que el CIADI ha dado un efecto relativo a la cláusula de nación más favorecida, como ocurrió en el caso Tecmed vs. México. En este caso “el tribunal consideró que no era aplicable el principio de la cláusula de nación más favorecida por cuanto cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del TBI entre España y México... por su trascendencia e importancia integran el núcleo de cuestiones que se presume como

Menester es recordar lo sucedido en el caso de “MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. contra República de Chile”, en que los inversionistas malayos solicitaron al tribunal que se les aplicará una cláusula de los APPI de Croacia y Dinamarca.

Estos APPIs de Croacia y Dinamarca, contenían una cláusula que exigían que el Estado Chile realizara una coordinación anticipada entre los ministerios y autoridades competentes involucradas en conceder los permisos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial objeto de la inversión.

Finalmente, en razón de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida se hizo extensiva esta garantía a los inversionistas malayos, condenando al Estado de Chile, por otorgar un trato injusto e inequitativo, ya que a ellos también se les debía garantizar la coordinación de los organismos para el otorgamiento de los permisos necesarios para la realización de inversión.

Por todas estas razones, “antes de suscribir un tratado relativo a la expropiación indirecta convendría que los Estados adoptaran algunos resguardos respecto del alcance e interpretación de las normas acordadas y del derecho aplicable a las materias no reguladas.”³⁵⁸

especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del TBI, ya que atañen directamente tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y del contexto jurídico general dentro del cual opera como el acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas de dicho régimen y no pueden, en consecuencia, ser desvirtuadas en su aplicación a través de este principio. *Ídem*. Pág. 105.

³⁵⁸ PÁEZ, Marisol. *Op. Cit.* Pág. 23.

A.- Consideraciones previas a la entrada en vigor de un Tratado.

A.1.- El concepto de la expropiación regulatoria o indirecta.

Al analizar los Tratados hemos visto que estos no contemplan definiciones respecto a la expropiación regulatoria, lo cual ha traído varios problemas en la aplicación e interpretación por los tribunales arbitrales. Ello ha quedado en evidencia en casos ya analizados, como Metalclad y Tecmed, donde fueron los paneles arbitrales los que dieron contenido a estas cláusulas.

La ausencia de un concepto expreso y delimitado de lo que se entiende por expropiación regulatoria, agrega el riesgo de “otorgarle al tribunal una amplia libertad de criterio, que no siempre puede ser beneficioso para el Estado.”³⁵⁹

Según Marisol Páez, para evitar esta discrecionalidad de los árbitros, conviene que los Estados definan el alcance del concepto de expropiación indirecta. De hecho, Estados Unidos así lo ha hecho al suscribir los TLC con Australia³⁶⁰, Chile³⁶¹, Centroamérica³⁶² y Marruecos³⁶³ incorporándose en dichos instrumentos una definición de la expropiación regulatoria en los anexos respectivos.

³⁵⁹ *Ibidem.*

³⁶⁰ Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Australia. En línea, [http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/Section_Index.html], Visitado el día 24 de marzo 2008.

³⁶¹ *Op. Cit.*

³⁶² Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica (CAFTA). En línea, [<http://www.cafta.gob.sv/>]. Visitado el día 24 de marzo 2008.

³⁶³ Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Marruecos. En línea, [http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Morocco_FTA/Final_Text/Section_Index.html], Visitado el día 24 de marzo 2008.

A.2.- Concepto de público propósito.

El concepto de utilidad pública al interior del ordenamiento jurídico está concebido en términos amplios y subjetivos, es así como las interpretaciones de éste serán diferentes según los intereses de cada parte.

Frente al tema de la expropiación regulatoria sería prudente especificar “las circunstancias de público propósito. Un ejemplo de utilidad pública es que el Estado pueda ejercer sus poderes de policía.”³⁶⁴

Lo cierto es que el poder de policía y justificaciones como la utilidad pública, salud, protección del medio ambiente u otras por las cuales se puede haber fundado y adoptado la medida regulatoria, no han sido ponderadas o apreciadas con un criterio uniforme por los tribunales internacionales. Así, los tribunales arbitrales internacionales, en general, al momento de establecer si la medida es o no equivalente a una expropiación, han considerado como elemento determinante la existencia de un perjuicio, y si éste existe, debe ser indemnizado. Por lo tanto, “ejercicios normales de la autoridad regulatoria gubernamental se pueden considerar como expropiaciones que requieren el pago de una indemnización.”³⁶⁵

Es así como en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU. se avanzó en esta materia, específicamente en el anexo interpretativo de las disposiciones del Tratado, 10-D sobre Expropiación, en su inciso 4 parte b, establece: “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de

³⁶⁴ PÁEZ, Marisol. *Op. Cit.* Pág. 23.

³⁶⁵ *Ídem.* Pág. 20.

bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.”³⁶⁶

A.3.- Derecho aplicable a materias no reguladas.

El problema que se suscita a nivel internacional, cuando una materia no está regulada, es que se deben de recurrir a otras fuentes del derecho internacional, para que de este modo, el tribunal logre resolver una controversia.

Existen materias, como la expropiación regulatoria, en que no existe claridad en el derecho internacional, como asimismo tampoco existe una costumbre a la cual acudir para solucionar el conflicto. “Siendo así, convendría que los negociadores contemplaran necesariamente en el tratado disposiciones sobre temas relativos a desde cuando se paga interés, y si este es simple o compuesto³⁶⁷ o qué normas son aplicables al debido proceso en una expropiación”³⁶⁸

B.- Resguardos posteriores a la suscripción de un tratado.

Los países que cuentan con políticas internacionales de apertura, a través de la suscripción de Tratados, deben resguardarse al momento firmar un instrumento de estas características, ya que “una vez que el Tratado haya entrado en vigor, cualquier violación atribuible al Estado... [lo hará] responsable ante el derecho internacional. En consecuencia, los Estados deben tomar todas las precauciones para no perjudicar los intereses de un

³⁶⁶ PIZARRO, Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 2.

³⁶⁷ Algunos países consideran que la indemnización comprende desde la fecha de la expropiación, pero la mayoría de los APPIs no se refieren al tema.

³⁶⁸ PÁEZ, Marisol. *Op. Cit.* Pág. 24.

inversionista extranjero y cuyos actos pudieren ser constitutivos de expropiación regulatoria.”³⁶⁹

B.1.- Incompatibilidad entre las disposiciones de un Tratado y la normativa nacional.

Uno de los primeros resguardos que debe contemplarse al firmar un Tratado, es analizar y distinguir que disposiciones de éste son incompatibles con la normativa nacional a fin de evitar cualquier discrepancia a futuro que pueda conllevar a que un inversionista vea afectado su derecho de propiedad.

En el ámbito de la expropiación regulatoria, la doctrina ha señalado, que el Estado debería revisar si existen “diferencias de estándares en el tratamiento de la expropiación en el Tratado en comparación al Derecho interno.”³⁷⁰

B.2.- Control de las actuaciones de los organismos internos del Estado.

Se debe tener en cuenta que para el Derecho Internacional de los Tratados la estructuración y representación de los órganos internos del Estado son irrelevantes. En este contexto, cualquier actuación, medida o regulación de un órgano interno del Estado, hará a este último responsable de las situaciones que se produzcan a propósito de la actuación del organismo.³⁷¹

³⁶⁹ *Ibidem.*

³⁷⁰ *Ibidem.*

³⁷¹ *Cfr.* Laudo Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos. Párrafo 73.

Por ejemplo el TLCAN establece en su artículo 105 que: “Las Partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa.”³⁷²

En este sentido se ha señalado que “los municipios, ministerios u otras entidades tienen mucha interacción con los inversionistas extranjeros en lo que se refiere a la autorización o prórroga de permisos y licencias para llevar a cabo su proyecto. Por tanto, una decisión u acto ilegal o arbitrario de alguna de las reparticiones del Estado puede implicar el riesgo de tener que pagar cuantiosas indemnizaciones a inversionistas extranjeros y a desembolsar grandes sumas para la defensa jurídica ante un tribunal internacional.”³⁷³

En varios casos planteados ante el CIADI se han acogido demandas de expropiación regulatoria, por actos ejecutados por órganos locales del Estado. Así, en el caso Metalclad, en que el tribunal consideró que los actos del municipio eran atribuibles al Estado mexicano y, en razón de ello, éste era económicamente responsable por la expropiación sufrida.

En el caso de las expropiaciones regulatorias “debe de existir un balance entre el derecho de un Estado a regular soberanamente su economía y el razonable interés comercial del inversionista. Conviene destacar en este punto que tanto el modelo de TBI Canadá como el de EEUU, contienen novedosas reglas para facilitar este equilibrio. En ambos casos se utiliza anexos con listas detalladas que clarifican las actividades

³⁷² Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en sus siglas en inglés NAFTA.

³⁷³ PÁEZ, Marisol. *Op. Cit.* Pág. 25

regulatorias de los estados, incluyendo diversos factores de evaluación como el impacto económico de la medida regulatoria, su posible interferencia con las expectativas del inversionista, entre otras. En el caso del TLC Perú y Estados Unidos, se incorporó un esquema similar, donde se hace referencia a la regulación en el Anexo 10 B del capítulo X de inversiones, destacando la relevancia de los actos regulatorios no discriminatorios en materia de bienestar público a no ser considerados en modo alguno como medidas expropiatorias directas ni indirectas.”³⁷⁴

Por último, tal como se ha señalado por la doctrina, “en Chile, desde hace algunos años viene generándose una abundante reflexión acerca de la propietarización de los derechos, a propósito del Recurso de Protección, por los tribunales superiores chilenos. Por ello es que se ha afirmado que la proyección de este fenómeno al otorgamiento del régimen de beneficios comprendido para el inversionista, claramente se aprecia que dichos beneficios se incorporan al patrimonio del inversionista, en la forma de derecho de propiedad sobre dichas ventajas (sic)... A partir de esta realidad vigente, unida a la celebración creciente de APPIs, se plantean las inquietudes y desafíos para los reguladores chilenos. Es ese contexto de internacionalización contractual, regulatoria y jurisdiccional (CIADI y UNCITRAL), donde nuestro país debe proyectar sus políticas públicas y sus enfoques de regulación y fomento de inversiones, de modo de no provocar con la regulación económica los mismos efectos que una expropiación ilegal. Es en la práctica la idea general de adaptarse a un moderno pero insospechado constitucionalismo mundial en materia económica.”³⁷⁵

³⁷⁴ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y RUBIO GUERRERO, Roger. *Op. Cit.* Pág. 111.

³⁷⁵ MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. Documento en línea, 2008. *Op. Cit.* Pág. 86.

2.- TRATO DIFERENCIADO ENTRE ADMINISTRADO NACIONAL E INVERSIONISTA EXTRANJERO.

2.1.- Generalidades.

Desde la perspectiva nacional, los principales casos que han analizado esta temática, fueron detalladamente expuestos anteriormente. No obstante ello, y en un afán conclusivo respecto al extenso análisis realizado, pasaremos a exponer los principales comentarios surgidos a propósito de las decisiones jurisprudenciales que ha habido en esta materia y que definen el contexto nacional.

La doctrina nacional ha analizado el emblemático caso *Galletué con Fisco* desde la perspectiva de las limitaciones al dominio, señalando que este tipo de medidas deben ser analizadas a fin de resolver si “a pesar de no tratarse de una evidente y formal expropiación, hay en el fondo en dicha actuación de la autoridad administrativa una “expropiación encubierta.”³⁷⁶

Así,- y reparando en que la Corte se refiere a la propiedad de los árboles, pero cuando se mencionan los atributos de la propiedad, se refiere a los terrenos- se ha argumentado que “claramente existen usos alternativos para las tierras, pero no existen posibilidades de uso alternativo para los árboles: el derecho a usar los árboles se priva completamente.”³⁷⁷

³⁷⁶ BANDA VERGARA, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 6.

³⁷⁷ LEYTON FLÓREZ, Patricio. *Op. Cit.* Pág. 85. Cabe destacar, que la Corte podría haber utilizado este argumento para haber llegado a una conclusión similar a la que llegó, pero sin usar los criterios de justicia y equidad que la doctrina ha criticado en reiteradas oportunidades respecto a este caso. Justamente, un aspecto interesante del caso Galletué, es que el considerando 7mo señala que el decreto supremo implica “sólo una limitación” autorizada y acorde a la Constitución, descartando – implícitamente y sin argumentar debidamente – la afectación a la esencia del derecho de la propiedad de los dueños, para

No obstante la importancia de este caso, la Corte no dejó claramente establecido de qué forma se debía determinar cómo se afectaba la esencia del derecho de propiedad. “La Corte asumió que la regulación era una limitación y no una privación del derecho de propiedad evitando así, entrar en la discusión de qué era esencial o sustancial de derecho de propiedad afectado.”³⁷⁸

En otro aspecto del fallo – desde la perspectiva del análisis de responsabilidad del Estado – hasta este caso el trato diferenciado entre inversionistas nacionales y extranjeros no era tal, “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... 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.”³⁷⁹

Con posterioridad, en el caso Inmobiliaria Maullín con Fisco, se ha visto por parte de algunos autores un aporte en la definición de los contornos de la función social de la propiedad restringiéndola a limitaciones al dominio que no pueden afectar el derecho en su esencia.

“De este modo, si una regulación, ya sea legal o administrativa, impone una limitación a la propiedad por causa de utilidad pública, aun genérica y común para un grupo de individuos que se encuentren en la

posteriormente continuar con el análisis de la responsabilidad del Estado Legislador. Esta situación, fue atendida por el voto de minoría que consideró que dado que el Decreto Supremo era sólo una limitación, el Estado no estaba obligado a compensar.

³⁷⁸ *Ídem*. Página 87.

³⁷⁹ MONTT OYARZÚN, Santiago. *Op. Cit.* Pág. 73.

misma situación, sólo serán ajustada la C.P.R. si no llegan a afectar la esencia del derecho. Por el contrario, si la limitación en cuestión llegare a afectar al derecho en su esencia, esta medida revestiría las características de una expropiación regulatoria que lleva asociada la obligación de la sociedad de compensar al propietario afectado para así restablecer el equilibrio en la repartición de las cargas públicas.”^{380_381}

Y, respecto de la expropiación regulatoria se ha sostenido que “si bien la Corte Suprema no desarrolla en profundidad los elementos, criterios o parámetros que harían en abstracto inconstitucional una regulación... si identifica bien el fenómeno de la expropiación regulatoria desde una perspectiva sustantiva.”³⁸²

Además, se ha afirmado que “al declarar la inconstitucionalidad de la ley, la Corte ha asignado correctamente los costos de una política de monumentos que beneficia a la comunidad toda: el Estado deberá soportarlo y no exclusivamente el propietario, lo que si así fuera vulneraría el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas.”³⁸³

³⁸⁰ FUENZALIDA RODRÍGUEZ, José Luis. *La esencia del derecho como límite a la función social de la propiedad*. Documento no publicado. Santiago de Chile, 2005. Pág. 4.

³⁸¹ En el mismo sentido, y a propósito de la ley 17.288, la constitucionalista Luz Bulnes ha señalado “en la especie, es evidente que al propietario no sólo se le ha limitado su dominio sino que también se le ha privado de atributos esenciales de él. En la práctica el Consejo de Monumentos Nacionales viene a decidir sobre el goce y disposición de los Monumentos Históricos, por lo que la amplitud de sus atribuciones afecta el derecho de propiedad del dueño del inmueble privándole de sus atributos esenciales, efecto que sólo puede producirse a través de una expropiación de estos atributos, y no por la vía de entender que se trata sólo de una limitación del dominio.” BULNES, Luz. *Análisis de un fallo y su relación con la Ley 17.288 (Monumentos Nacionales)*. En Revista de Derecho Público, N° 49, Santiago de Chile, 1991. Pág. 31.

³⁸² FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Op. Cit.* Págs. 45-46.

³⁸³ *Ídem*. Pág. 19.

Otra parte de la doctrina, en cambio, ha calificado este fallo como “de la mayor gravedad... cuyos alcances y consecuencias pueden perjudicar grandemente el patrimonio cultural histórico de Chile, afectado con ello también la herencia cultural de las generaciones futuras.”³⁸⁴

Junto con ello, sin embargo, se ha señalado que “esta tesis no ha sido uniformemente aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema y pugna ostensiblemente con instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile.”³⁸⁵

Al margen de estas discusiones, lo cierto es que el análisis de este fallo no se detiene en establecer criterios respecto de la responsabilidad del Estado en casos de medidas con efectos equivalentes a la expropiación. Por esta razón, se podría establecer el escenario de *Galletué con Fisco* como el enfoque por casi dos décadas en la temática de expropiaciones regulatorias y régimen de responsabilidad del Estado.

Sin embargo, a comienzos de esta década, la Corte suprema cambió la jurisprudencia sobre la materia. Ello, principalmente sobre la base algunos casos que se analizaron desde dos ópticas de la discusión: *Sociedad Agrícola Lolco Ltda. con Fisco* (ya analizado previamente, visto desde la perspectiva de las limitaciones al dominio) y *Domic con Fisco* (visto desde la doctrina de responsabilidad del Estado).

³⁸⁴ GONZÁLEZ CARVAJAL, Paola. *Op. Cit.* Pág. 203.

³⁸⁵ Así, en el fallo sobre la declaración de Monumento Histórico del Inmueble de la Bolsa de Comercio de Santiago, la Corte sostuvo que las disposiciones de la Ley 17.288 sólo legisla acerca del modo de ejercer dichas facultades, pudiendo el propietario habitar, ocupar o emplear el inmueble para fines sociales o propios de su giro social, como ocurre precisamente con la Bolsa de Comercio de Santiago. Además, señaló que el artículo 12 estaría fundado en la función social del dominio, concretamente en el interés general de la Nación para proteger el patrimonio cultural.

En este último caso, con sentencia del año 2002, la Corte Suprema afirmó que la responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico chileno era exclusivamente por falta de servicio y sólo ante texto legal expreso podía proceder una responsabilidad sin falta u objetiva.³⁸⁶

“Lo que el fallo olvida, es que la Constitución establece en el artículo 19 N° 20 el principio de ‘igual repartición en las demás cartas públicas’ y en el artículo 38 inciso 2° la protección frente a lesiones. También olvida la existencia de perjuicios generales del derecho que garantiza la integridad patrimonial, como lo es principalmente la confianza legítima.”³⁸⁷

Todos estos elementos, tomados en su conjunto, podrían ser base de un esquema de responsabilidad del Estado que haga frente a medidas estatales con efectos equivalentes a la expropiación respecto de los administrados nacionales, sin embargo, la Corte pareció no haberlos considerado en este último caso.

2.2.- Hacia un cambio de paradigma de la responsabilidad del Estado por medidas con efectos equivalentes a la expropiación.

Uno de los primeros elementos presentes al momento de hablar un cambio de paradigma en el régimen de responsabilidad del Estado de Chile, radica en la necesidad de incorporación dogmática de la institución de la expropiación regulatoria en el contexto interno, en el sentido de requerirse un análisis administrativista y de derecho público de una situación que no

³⁸⁶ Fallo del Recurso de Casación, por la Corte Suprema, el día 15 de mayo de 2002. En línea, [www.cde.cl/getFilePublic.php?id=25354&code=savWvnMVsaEnc]. Visitado el día 10 de marzo de 2008.

³⁸⁷ MONTT OYARZÚN, Santiago. *Op. Cit.* Pág. 73.

escapa del contexto nacional, no obstante no estén involucrados inversionistas extranjeros protegidos por TLCs o APPIs.

Los profesores de derecho internacional público han señalado en reiteradas ocasiones 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.”³⁸⁸

Ahora bien, y en línea con lo anterior “si 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”³⁸⁹

De otra parte, no sólo es relevante en este cambio de paradigma el aspecto dogmático de la incorporación de una institución de origen foráneo, sino que también las consecuencias de un esquema diferenciado de régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por actos lícitos.

Desde ya, “la responsabilidad del Estado se rige en este ámbito [el de la inversión extranjera resguardada por normas de protección] por un estatuto de derecho internacional que es considerablemente distinto al del derecho público interno. Como resultado de esta diferencia, la protección de

³⁸⁸ *Ídem.* Pág. 21

³⁸⁹ *Ídem.* Pág. 22.

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 chilenos (persona natural o jurídica que no califica como inversionista extranjero para acceder a los beneficios de los TBIs).”³⁹⁰

Con todo, debemos señalar que los planos en que se desarrollan los conflictos- entre administrados nacionales y el Estado en comparación a los conflictos entre inversionistas extranjeros resguardados- son muchas veces diferentes. De hecho, la mayor parte de los casos en que el Estado es sujeto pasivo de una acción de responsabilidad en el orden interno, resulta de la falta de servicio en el contexto de los servicios públicos, a diferencia de los conflictos a nivel de inversión extranjera, en que un aspecto recurrente de discusión ante tribunales internacionales es el de medidas regulatorias del Estado basadas en su poder de policía y reglamentación.

Así, Santiago Montt señala que “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.”³⁹¹

En este escenario, resulta patente la pregunta por la razonabilidad de mantener dos sistemas de *expropiación-responsabilidad* distintos para inversionistas extranjeros y chilenos: “¿Han quedado los administrados

³⁹⁰ *Ibidem.*

³⁹¹ *Ídem.* Pág. 67.

chilenos en una situación de discriminación no permitida por la Constitución chilena?”³⁹²

Para Santiago Montt, la respuesta es categórica: “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 [siguiendo el caso Domic con Fisco]- sí hay discriminación. En efecto, los chilenos estamos siendo discriminados arbitrariamente al disponer de un estatuto de protección del patrimonio 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.”³⁹³

Este autor, continúa con su análisis del siguiente modo: “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.”³⁹⁴

Este trato, en principio discriminatorio – no necesariamente ilegítimo – se manifiesta en el hecho que los administrados nacionales, en Chile, al ver

³⁹² *Ídem.* Pág. 22.

³⁹³ *Ídem.* Págs. 22 y 23.

³⁹⁴ *Ídem.* Pág. 23.

lesionados en sus derechos e intereses legítimos pueden defenderse tanto en sede administrativa como en sede judicial.

“La sede administrativa es siempre una oportunidad de revisión plena para la decisión, tanto en cuanto a legalidad como en cuanto a la totalidad de los elementos constitutivos de la discrecionalidad administrativa.”³⁹⁵

“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 decisión... En cuanto al contencioso anulatorio, nuestro ordenamiento ofrece un variado conjunto de acciones a favor de los administrados, todas las cuales exigen por cierto la ilegalidad- en sentido amplio- del acto impugnado”³⁹⁶, y corresponden a las acciones de protección, acción de nulidad de derecho público, acciones anulatorias especiales y las acciones emanadas del contrato-administrativo.

Ahora bien, los administrados “pueden elegir demandar conjuntamente o alternativamente la anulación y la indemnización de perjuicios derivadas de la actuación administrativa.”³⁹⁷

En este contexto, y 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

³⁹⁵ *Ídem*. Pág. 51.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Ibidem*.

o compensatoria clásica de derecho administrativo interno: acciones de responsabilidad del Estado y acciones de expropiación.”³⁹⁸

Lo anterior queda demostrado en circunstancias que “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 TBI. Estas acciones y derechos- como las demás establecidas en estos tratados – no son iguales a las otorgadas por el ordenamiento jurídico interno, no sólo 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.”³⁹⁹

En 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 las 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... En definitiva, el estatuto

³⁹⁸ *Ídem*. Pág. 54.

³⁹⁹ *Ibidem*.

sustantivo de *expropiación-responsabilidad* del Estado que los inversionistas extranjeros pueden exigir... 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.”⁴⁰⁰

En definitiva, “el sistema chileno actualmente cuenta con dos estatutos de expropiación-responsabilidad del Estado: uno para los inversionistas extranjeros y otro para los administrados chilenos...”⁴⁰¹

Respecto a la falta de legitimidad de este trato diferenciado la doctrina ha afirmado que dada “la discriminación en contra de quienes no califiquen como inversionistas 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 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.”⁴⁰²

⁴⁰⁰ *Ídem*. Pág. 68.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² *Ibidem*.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de esta memoria, hemos identificado los más importantes aspectos discutidos de la expropiación regulatoria, tanto las implicancias que dicha institución genera respecto a las medidas estatales establecidas sobre la base de su poder de policía, como los principales efectos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en los casos en que la jurisprudencia ha aceptado las reclamaciones por parte de los inversionistas nacionales o extranjeros.

En el primer capítulo – Expropiación Regulatoria –, y desde la conceptualización de la institución, identificamos la necesidad de delimitar sus contornos más claramente. Una definición del tipo *medidas equivalentes a la expropiación* no hace sino abrir un sinnúmero de preguntas de difícil respuesta como son: ¿qué clase de medidas?, ¿dónde encontrar la equivalencia de estos efectos?, ¿acaso es una cuestión de grado?, ¿regulación y expropiación están en el mismo plano de análisis dogmático como para hacer un ejercicio comparativo desde sus efectos que permita llegar a soluciones adecuadas? Creemos que esta serie de preguntas podrían tener respuestas más elaboradas si se parte de un concepto como el que propusimos en su oportunidad.

En lo que respecta a este capítulo, podemos concluir, que aunque aún no se ha dimensionado las consecuencias de la incorporación de esta institución a través de los tratados suscritos, e independiente de su origen foráneo originario del *common law*, un principio para su estudio y aplicación en el ámbito nacional dice relación con su conceptualización. Esto es necesario tanto para adecuar la expropiación regulatoria a la lógica

dogmática de los juristas de sistemas continentales, como para facilitar su identificación y estudio.

Luego, analizamos el origen de esta institución en el derecho anglosajón, contextualizando las diversas etapas y criterios que han elaborado los tribunales norteamericanos para el tratamiento de las medidas con efectos patrimoniales adversos respecto del derecho de propiedad. Con todo, con casi un siglo de desarrollo de esta materia en el derecho comparado, la elaboración de estándares y criterios de análisis referidos a esta institución, no ha terminado.

Bajo el resguardo de la Corte Suprema norteamericana, esta institución seguirá desarrollándose y continuará una evolución jurisprudencial en lo que corresponde al concepto de derecho de propiedad. Y así, cada vez que la Corte identifique un caso de expropiación regulatoria, como inevitable consecuencia, el concepto de derecho de propiedad se verá ampliado o reformulado – bajo la premisa que en el derecho anglosajón no existen conceptos petrificados y únicos – lo que a su vez podría implicar para el Estado nuevas situaciones respecto de las cuales sea calificado como responsable de los daños causados por las medidas ejercidas en el marco de su poder de policía.

Por otra parte, en este primer capítulo, establecimos una aproximación acerca de situaciones que han sido consideradas como expropiaciones regulatorias, por parte de los principales Tribunales Internacionales en materia de inversión extranjera, principalmente por parte del CIADI.

Ha sido a través del CIADI, que esta institución ha tenido un mayor avance en su formulación y determinación de los criterios y límites para identificarla.

En este sentido, cabe destacar que de igual modo, a lo que establecimos respecto del caso norteamericano, el CIADI está reformulando y ampliando el concepto de propiedad, pero con una gran diferencia: que éste se desenvuelve en el escenario internacional fundado en los Tratados Internacionales, los cuales han incluido a la expropiación regulatoria como una de sus cláusulas básicas en lo que respecta a protección de la Inversión; mientras que en el ámbito de la jurisprudencia norteamericana esta institución se fundamenta en la Quinta Enmienda de la Constitución de EE.UU y en la interpretación jurisprudencial que a su respecto se haga.

Por lo tanto los fallos del CIADI constituyen una nueva – y de mayor alcance – fuente de análisis dogmático del derecho de propiedad, de las regulaciones estatales fundadas en su poder de policía y, en definitiva, un punto de dispersión y desarrollo de la expropiación regulatoria.

En el capítulo dos – Tratamiento de la Expropiación Regulatoria en el Contexto Nacional – analizamos el derecho de propiedad desde una visión general su consagración como derecho fundamental, así como los límites que se han establecido a su respecto durante el curso de la historia correspondiendo ellos, principalmente, a la exclusión del abuso del derecho como ejercicio de este derecho y a la función social del mismo.

A continuación, desarrollamos el estatuto del derecho de propiedad en Chile, considerando las principales posiciones doctrinarias existentes al respecto. Se realizó una cronología acerca de la consagración de este

derecho fundamental en diversas etapas, que contextualizó la actual consagración de este derecho, lo que es necesario para la interpretación constitucional desde el criterio histórico que parte de la doctrina emplea.

Identificamos, además, el desarrollo doctrinario acerca de los atributos y facultades del derecho de propiedad, así como los requisitos constitucionales para que las limitaciones (delimitaciones) del mismo, se establezcan en un marco de legitimidad desde la Constitución.

Dichos requisitos – reserva legal, función social y contenido esencial – fueron analizados tanto desde las posiciones sustentadas por los más importantes autores nacionales en materia de derecho constitucional, así como desde los criterios (muchas veces implícitos y difusos) en que se basaron importantes decisiones por parte del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Sin embargo, estos criterios, no han sido aplicados consistentemente en cada uno de los casos expuestos en sede jurisdiccional, además de no dar una respuesta definitiva – ni satisfactoria – desde la dogmática constitucional.

Por último, en lo que se refiere ese capítulo, tratamos los principales casos que se han analizado en el país desde el enfoque de la cuasi-expropiación. Respecto de este punto podemos afirmar que, en general, la jurisprudencia nacional ha sido errática respecto al tratamiento que ha dado al tema. Así, en algunos casos ha analizado estas situaciones a partir de la visión de la responsabilidad del Estado, mientras en otros, desde los requisitos de procedencia para las limitaciones.

Con todo, no se ha enfocado el tema, sin embargo, desde la separación – a nuestro entender necesaria – de estos dos planos de análisis,

optándose simplemente por analizar el binomio limitación-privación, desde una diferencia de grado de los impactos de la medida gubernamental, supeditando la decisión del caso al criterio subjetivo del tribunal.

Parece necesario, desde nuestra perspectiva, hacer el intento de enfocar esta clase de medidas estatales, primero desde la procedencia de la regulación – en cuanto al cumplimiento de requisitos constitucionales –, dejando para un segundo examen la procedencia de la indemnización por la posible infracción del principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas o por, a través de una construcción argumental, una hipótesis de responsabilidad del Estado por actos lícitos.

No obstante este requerimiento, actualmente y considerando los fallos en análisis, pudimos constatar que la tendencia en nuestro país es a no aceptar la institución de la expropiación regulatoria, ni la procedencia de indemnizaciones por medidas estatales de este tipo. Sin embargo, esta tendencia se enmarca dentro de un contexto de aplicación limitado a los administrados nacionales, lo que establece la pregunta por los inversionistas extranjeros en nuestro país.

Posteriormente, en el capítulo 3 – Tratamiento de la Expropiación Regulatoria en el Contexto de una Inversión Extranjera – contextualizamos a Chile en el concierto internacional de países relacionados en materia de inversión. La razón de este análisis, obedece a que es precisamente en ese ámbito en que el Estado puede verse involucrado en reclamaciones por parte de inversionistas extranjeros respecto de las medidas que se tomen internamente por cualquiera de sus órganos reguladores.

Analizamos, además, los principales mecanismos de inversión extranjera, así como el tratamiento establecidos por los Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión. Se desarrolló con especial énfasis la cláusula de la expropiación regulatoria en los instrumentos paradigmáticos de cada uno de estos acuerdos internacionales, lo que permitió establecer un marco teórico sistemático acerca del tratamiento que recibiría un inversionista extranjero en un tribunal internacional en el evento de una reclamación contra el Estado de Chile.

Por último, en este capítulo se analizaron dos de los casos más importantes resueltos por el CIADI, que establecen ciertos criterios de análisis frente a medidas regulatorias estatales con efectos patrimoniales adversos a una inversión. Estos casos, fueron elegidos por las complejas situaciones que en ellos tuvieron que enfrentarse, y las líneas que a partir de los mismos se han seguido en este y otros tribunales. Estas decisiones, líneas y criterios, deberán ser tomadas en cuenta por Chile al momento de establecer medidas regulatorias con posibles efectos en la inversión, además del necesario control de sus órganos internos a fin de evitar comprometer la responsabilidad el Estado a nivel internacional.

En este contexto, el trato diferenciado que pueden recibir administrado nacional e administrado-inversionista extranjero frente a una misma medida regulatoria, aplicada en todo el territorio del país, con los mismos fundamentos, resguardos y efectos, es lo que genera el desarrollo del último capítulo de esta tesis.

El capítulo cuarto – Trato Diferenciado entre administrado nacional e inversionista extranjero – se analizan las formas para que Chile maneje su comportamiento interno frente al desarrollo de la institución de la

expropiación regulatoria en el contexto internacional. Primero, se analizan los problemas de la actual aplicación e interpretación de la cláusula de expropiación regulatoria que se ha establecido en los diversos instrumentos internacionales firmados y ratificados por el país. Posteriormente, se esbozaron algunos mecanismos de resguardos que puede tomar el país a fin de evitar involucrarse en problemas de este tipo con inversionistas extranjeros, que comprometa su responsabilidad internacional.

Por último, este capítulo termina refiriéndose acerca del tratamiento diferenciado de trato que hay entre los administrados nacionales y extranjeros, dejando algunas preguntas abiertas que necesariamente la dogmática constitucional debe hacerse cargo:

¿Existe una discriminación de trato entre ambos tipos de administrados? ¿Es justificado, considerando el contexto internacional, ese trato diferenciado? ¿Se debe desarrollar la institución de la expropiación regulatoria en el contexto interno desde nuevas ópticas de análisis que no partan desde una ponderación de grados de afectación desde el binomio regulación – expropiación?

A modo de conclusión, estamos en pie de afirmar que con la incorporación de esta institución, el poder de policía y la amplitud de posibilidades para regular distintas áreas de la administración pública, con la inserción de esta institución, se verán, de alguna manera, coartadas, minimizadas y limitadas.

De todos modos, no podemos identificar esta institución como algo absolutamente pernicioso para el Estado, sino que por el contrario, conllevará a que éste realmente actúe con cautela, por cuanto previamente a

dictar cualquier regulación, deberá verificar e identificar las consecuencias que puedan ocasionar sus actuaciones.

En contrapartida, en la manera de lo posible, y si esta institución se termina por aplicar a todos los administrados por igual, estos verán sus derechos protegidos en todo lo que su esfera contempla, ya que cualquier regulación del Estado, que vulnere, erosione, o limite su derecho de propiedad en cualquiera de las órbitas de ejercicio de sus facultades podría ser indemnizado.

Esperamos que el desarrollo de este análisis sirva como una importante base de análisis para una conceptualización de la institución de la expropiación regulatoria en nuestro país, asumiendo nuestras particularidades y debilidades como Nación, que determinan políticamente cada una de las decisiones regulatorias que aún quedan por establecerse en diversas áreas de la inversión y la producción.

BIBLIOGRAFÍA.

Artículos.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Limitaciones y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la Propiedad*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N° 2, Santiago de Chile, 2006.

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. Reporte de los Directores Ejecutivos. En ICSID Reports. vol. 1, epígrafe V, N° 23. 2006.

BANDA VERGARA, Alfonso. *Medio Ambiente y Función social del dominio*. En Revista de Derecho, vol. 9, suplemento especial, Valdivia, Chile, 1998.

BARCELÓ, Joaquín. *Acerca del Fundamento del derecho de propiedad*. En Revista del Centro de Estudios Públicos, N° 52, Santiago de Chile, 1993.

BARROS, Enrique. *Apuntes del curso de Derecho Civil II*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1996.

BIRDSALL, Nancy y LAWRENCE, Robert. *Deep Integration and Trade Agreements: Good for Developing Countries?* En International Cooperation in the 21st Century, Global Public Goods, Oxford University Press, Nueva York, 1999.

BULNES, Luz. *Análisis de un fallo y su relación con la Ley 17.288 (Monumentos Nacionales)*. Revista de Derecho Público, N° 49, Santiago de Chile, 1991.

CARLTON, John. *Takings' Cases Don't Always Favor Takers*. En Wall Street Journal, Estados Unidos, 2002.

CEA EGAÑA, José Luis. *Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 11, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1984.

CEA EGAÑA, José Luis. *Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena*. En Revista de derecho, vol. 9, N° 1, Valdivia, Chile, 1998.

CLAEYS, Eric. *Takings, regulations and natural property rights*. Cornell Law Review, vol. 88, St. Louis, 2003.

DELAUME, Georges, *Law and Practice of Transnational Contracts*. New York, Estados Unidos, 1998.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo. *La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*. En Sentencias Destacadas 2004, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 2005.

FUENZALIDA RODRÍGUEZ, José Luis. *La esencia del derecho como límite a la función social de la propiedad*. Documento no publicado. Santiago de Chile, 2005.

GONZÁLEZ CARVAJAL, Paola. *Comentarios del Caso Palacio Pereira*. En Revista de Derecho Ambiental N° 2, LOM Ediciones, Centro De Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

KANTOR, Mark y NOLAN, Michael. *El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía*. En Revista Internacional de Arbitraje, N° 3, vol. 1, Editorial Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia, 2005.

LEYTON FLÓREZ, Patricio. *Tribunales Arbitrales Internacionales y el Derecho Ambiental: Nuevas reglas para la determinación de la esencia del Derecho de Propiedad*. Compendio Segundas Jornadas de Derecho Ambiental, Editorial LexisNexis, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.

MAYORGA LORCA, Roberto. *Inversión extranjera y blanqueo de capitales*. Revista del Abogado N° 11, Santiago de Chile, 1997.

MAYORGA LORCA, Roberto. *CIADI, Un instrumento para inversionistas internacionales*. Revista del Abogado, N° 31, Santiago de Chile, 2004.

MOHOR ABUAUAD, Salvador. *Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho de Indemnización*. Revista Chilena de Derecho, vol. 16, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

MONTT OYARZÚN, Santiago. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y Expropiaciones Regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

PÁEZ, Marisol. *La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados*. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, N° 153, Santiago de Chile, 2006.

RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar. *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la Propiedad Privada*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 23, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, año 1996.

REYES RIVEROS, Jorge. *El Estado como Regulador, mediante ley, del Ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Contralor de dicha Normativa*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 20, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, año 1993.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV, N° 2, Santiago de Chile, 1987.

SHIHATA, Ibrahim. *Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank*. En THE WORLD BANK, *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean*. Washington D.C., Estados Unidos, 1995.

TALLAR DELUCHI, Fernando. *Efectos Jurídicos de la Protección Ambiental*. Compendio Segundas Jornadas de Derecho Ambiental, Editorial LexisNexis, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.

TOLEDO TAPIA, Fernando Enrique. *Manejo Silvícola en el Proyecto de Ley de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal*. Revista de Derecho, N° 1-2, vol. 3, Valdivia, Chile, 1992.

TRESSLER ZAMORANO, Frank. *Inversión Extranjera; su marco legal y su tendencia actual*. Documento de trabajo N° 68, Instituto de Ciencia Política, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999.

VARAS BRAUN, Juan Andrés. *Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad. Una mirada desde el Derecho Civil*. Revista de Derecho, vol. 9, Valdivia, Chile, 1998.

WITKER, Jorge. *Aspectos regulatorio-institucionales de la Inversión Extranjera Directa (IED)*. En *Regulación de flujos Financieros Internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica N° 34, Universidad Autónoma de México (UNAM), Ciudad de México, 2001.

Documentos en línea.

ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL. *El Proyecto del ALCA y los derechos de los Inversionistas "un TLCAN PLUS"*. Publicado el 19 de junio de 2001. En línea, [<http://www.asc-hsa.org>]. Visitado el día 15 de diciembre de 2007.

ANÓNIMO. *Introducción al derecho y al ordenamiento jurídico español*. En línea, [http://www.wikilearning.com/curso_gratis/introducción_al_derecho_y_a_l_ordenamiento_juridico_espanollas_concepciones_sociologicas_del_derecho/6265-13]. Visitado el día 20 de diciembre de 2005.

BEST, Robert K. *Regulatory Takings: A brief history*. Pacific Legal Foundation Seattle, Estados Unidos, 2001. En línea, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=701322]. Visitado el día 24 de septiembre de 2007.

BRENNAN, Tim y BOYD, James William. *Political Economy and the Efficiency of Compensation for Takings*. Contemporary Economic Policy, vol. 24, Estados Unidos, 2005. En línea, [<http://ssrn.com/abstract=867108>]. Visitado el día 15 de abril de 2008.

CEPAL. *El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí*. En línea, [www.cepal.cl]. Visitado el día 20 de noviembre de 2007.

COUSO, Javier A. *La Producción del derecho económico internacional y la necesidad de una democracia cosmopolita*. En línea, [<http://islandia.law.yale.edu/sela/cousos.pdf>]. Visitado el día 28 de marzo de 2008.

EGER, Thomas. *Protection of private ownership rights against interference by private persons and by government*. Course Structure for the Law and Economics Conference, India, 2004. En línea, [<http://www.igidr.ac.in/~babu/law/course.html>]. Visitado el día 25 de octubre de 2007.

GÓMEZ-PALACIOS, Ignacio. *La Forma Moderna de Expropiar*. Latin American Investment & Arbitration Law, Julio, 2006. En línea, [<http://www.g-pasoc.co>]

m/LATIN%20AMERICA%20INVESTMENT%20BI%20%20MONTHLY_july_06_ok.pdf]. Visitado el día 24 de enero de 2008.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión*. En línea, [<http://www.gdca.com.mx/español/publicaciones/varios/PDF/MEDIDAS%20EQUIVALENTES%20EXPROPIACION.pdf>]. Visitado el día 23 de enero de 2008.

GREENFIELD, Gerard. *El fallo de NAFTA en el caso de Metalclad contra México*. En línea, [www.inia.mx.com/Nafta/documentos_greenfield.pdf]. Visitado el día 25 de noviembre del 2007.

GUZMÁN, Andrew; ELKINS, Zachary y SIMMONS, Beth. *Competing for capital: the diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000*. UC Berkeley Public Law Research, 2004. En línea, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578961]. Visitado el día 28 de marzo de 2008.

HUBENÁK, Juan Manuel. *La Expropiación indirecta de la inversión extranjera en el marco de los Tratados Bilaterales*. En línea, [http://www.revistarap.com.ar/xnovedades_y_noticias.php?id=2694&pid=49]. Visitado el día 17 de marzo de 2008.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE DESARROLLO SOSTENIBLE. *Noticias sobre Tratados de Inversión*. Traducción de María Candela Conforti, 2007. En línea, [<http://www.iisd.org/investment/itn>]. Visitado el día 24 de septiembre de 2008.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y RUBIO GUERRERO, Roger. *El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*.

Lima Arbitration, N° 1, 2006. En línea, [www.limaarbitration.net]. Visitado el día 20 de junio de 2008.

MANN, Howard y VON MOLTKE, Konrad. *La protección de los derechos de los inversionistas y del bienestar público: Evaluación del Capítulo XI del TLCAN*. International Institute for Sustainable Development. En línea, [<http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>]. Visitado el día 5 de mayo 2008.

MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. *El Problema de las Expropiaciones Regulatorias (Regulatory Takings) y sus implicancias en los Sistemas de inversión extranjera*. 2003. En línea, [<http://www.pfeffer.cl/publicaciones/doc/expropiaciones%20regulatorias.pdf?PHPSESSID=fa3092f9ca720bd59b4a19b27f35e58b>]. Visitado el día 24 de agosto de 2008.

MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo. *Expropiaciones Regulatorias y Tratados de Protección de Inversiones (Regulatory Takings and Bilateral Investment Treaties)*. En línea, [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=crispulo_marmolejo_gonzalez]. Visitado el día 26 de marzo de 2008.

MINERÍA CHILENA. *Gobierno cobrará royalty a Escondida y desecha introducir cambios a la ley*. En línea, [<http://www.mch.cl/noticias/index.php?id=1298>]. Visitado el día 20 de junio de 2008.

MOISSET, Luis. *El Abuso del derecho*. En línea, [<http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>]. Visitado el día 7 de julio de 2007.

PEYROU, Alejandro. *Los Tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones y el CIADI*. Buenos Aires, Argentina, 2004. En línea, [<http://www.econ.uba.com.ar>]. Visitado el día 10 de diciembre de 2005.

PIZARRO, Rodrigo. *Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, Un Análisis del Capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública*. Revista Análisis de Políticas, N° 21, 2003. En línea, [<http://www.terram.cl/images/stories/app21tlcinversiones.pdf>]. Visitado el día 20 de noviembre 2007.

PIZARRO, Rodrigo y CARREÑO, Rodrigo. *El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos: Mitos y Realidades*. Publicaciones Terram. Análisis de Políticas Públicas N° 6, 2002. En línea, [<http://www.terram.cl>]. Visitado el día 10 de marzo de 2007.

PUBLICACIONES TERRAM. *Análisis de Políticas Públicas y Coyuntura Económica*. En línea, [<http://www.terram.cl>]. Visitado el día 2 de febrero de 2008.

QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro. *Corte Suprema en caso Lolco: No hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la Doctrina Galletué*. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 12, Santiago de Chile, año 2004. En línea, [www.cde.cl]. Visitado el día 10 de julio de 2008.

RODAS, Mauricio. *Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile*. Serie Medio Ambiente y Desarrollo, CEPAL, ONU, Santiago de Chile, 2003. En línea, [<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/19765/lcl2038e.pdf>]. Visitado el día 7 de octubre de 2007.

Jurisprudencia Nacional.

Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley 15.575. Sentencia dictada por la Corte Suprema. Año 1966. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 63, sección primera, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966.

Restricción Vehicular. Recurso de Protección. Sentencia dictada por la Corte Suprema. Año 1994. En Revista Gaceta Jurídica N° 171, Editorial Jurídica Conosur, 1994.

Comunidad Galletué con FISCO. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 81, N° 3, Sección 5, Editorial Juridica de Chile, Santiago de Chile, 1984.

Mario García Sabugal vs. Ministro de Agricultura. En línea, [https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/1/D126B0738C/2/material_docente/previsualizar.php?id_material=119473]. Visitado el día 14 de diciembre de 2007.

Sociedad Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco. En línea, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502004000200009&script=sci_arttext]. Visitado el día 18 de diciembre de 2007.

Agrícola Lolco con Fisco. En línea, [<http://cl.vlex.com/vid/30907980>]. Visitado el día 8 de octubre de 2008.

Fallo Letreros Camineros, rol N° 156, de 21 de abril de 1992, dictado por el Tribunal Constitucional, en Revista Chilena de Derecho, vol. 19, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, año 1992.

Fallo Proyecto de Ley sobre Bases del Medio Ambiente, rol N° 185, de 28 de febrero de 1994, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 12 de febrero de 2008.

Fallo Tarifas de Peaje, rol N° 183, de 17 de mayo de 1994, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 22 de diciembre de 2005.

Fallo Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que permitía la restricción de circulación a vehículos con convertidor catalítico, rol N° 325, de 26 de junio de 2001, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>] Visitado el día 24 de diciembre de 2005.

Fallo Exigencias de Estudios de Impacto al Transporte Urbano, rol N° 370, de 9 de abril de 2003, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 24 de diciembre de 2005.

Fallo Restricción Vehicular, rol N° 325, de 26 de junio de 2001, dictado por el Tribunal Constitucional. En línea, [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 24 de diciembre de 2005.

Fallo Proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos, rol N° 43, de 1987 dictado por el Tribunal Constitucional [<http://www.tribunalconstitucional.cl>]. Visitado el día 28 de Octubre de 2005.

Jurisprudencia Norteamericana.

Caso Agins vs. City of Tiburon. 447 U.S. 255 de 1980.

Caso Armstrong vs. United States. 364 U.S. 40 de 1960.

Caso Commissioners vs. Kempshall. 26 Wendell 404 de 1841.

Caso Goldblatt vs. Hempstead. 369 U.S. 590 de 1962.

Caso Hadayeck vs. Sebastian. 239 U.S. 394 de 1915.

Caso Hodel vs. Irving. 481 US 704 de 1987.

Caso Loretto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp. 458 U.S. 419 de 1982.

Caso Miller vs. Schoene. 276 U.S. 272 de 1928.

Caso Keystone Bituminous Coal Assn. vs. DeBenedictis. 480 U.S. 470 de 1987.

Caso Nectow vs. Cambridge. 277 U.S. 183 de 1926.

Caso Nollan vs. California Coastal Commission. 483 U.S.825 de 1987.

Caso Penn Central Transportation Co. vs. New York City. 483 U.S. 104 de 1978.

Caso Pennsylvania Coal vs. Mahon. 260 U.S. 393 de 1922.

Caso Pumpelly vs. Green Bay and Mississippi Canal Co. 80 U.S. 166, 179 de 1871.

Caso Reinman vs. Little Rock. 237 U.S. 171 de 1915.

Caso San Diego Gas vs. San Diego. 450 U.S. 621 de 1981.

Caso United States vs. Fuller. 409 U.S. 488 de 1973.

Caso Williamson County Regional Planing vs. Hamilton Bank. 473 U.S. 172 de 1985.

Laudos Arbitrales Internacionales.

Caso Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. vs. República Argentina (aún sin resolución), tramitado en el CIADI, N° ARB/03/5. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

Laudo Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, dictado por el CIADI, N° ARB (AF)/97/1. En línea, [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>]. Visitado el día 25 de mayo de 2008.

Laudo CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, dictado por el CIADI, N° ARB/01/8. En línea, [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>]. Visitado el día 25 de Mayo de 2008.

Laudo Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, dictado por el CIADI, N° ARB/96/1. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 7 de abril de 2007.

Laudo Tradex Hellas S.A. vs. República de Albania, dictado por el CIADI, N° ARB/94/2. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 7 de abril de 2007.

Laudo Pope & Talbot Inc. vs. Canadá, dictado por tribunal ad-hoc. En línea, [<http://www.state.gov/s/l/c3747.htm>]. Visitado el día 23 de abril de 2007.

Laudo CME vs. República Checa, dictado por tribunal arbitral ad-hoc. En línea, [<http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article134a.pdf>]. Visitado el día 12 de mayo de 2008.

Laudo Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos dictado por el CIADI, N°. ARB (AF)/00/2, Párrafo 118. En línea, [http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Appris/Tecmed/laudo/laudo_Tecmed.pdf]. Visitado el día 7 de Octubre de 2007.

Laudo Revere Copper and Brass Inc. vs. OPIC, dictado por tribunal arbitral ad-hoc. En línea, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=261500&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=92200]. Visitado el día 18 de diciembre de 2007.

Laudo Goetz vs. República de Burundi, dictado por el CIADI, N°ARB/01/2. En línea, [[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServletGoetz and Others vs. Republic of Burundi](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServletGoetz%20and%20Others%20vs.%20Republic%20of%20Burundi)]. Visitado el día 18 de diciembre de 2007.

Laudo Starrett Housing Corp. vs. República Islámica de Irán, dictado por el Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983. En línea, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?page=pub_show_document.php&pu

bdocid=232100&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=965000]Visitado el día 10 de diciembre de 2007.

Laudo Biloune vs. Ghana, dictado por tribunal arbitral ad-hoc. En línea, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=260700&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php]. Visitado el día 10 de diciembre de 2007.

Laudo Tokios Tokelés vs. Ucrania, dictado por el CIADI, N° ARB/02/18. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 18 de diciembre de 2007.

Laudo Occidental Petroleum vs. Ecuador, dictado por tribunal arbitral ad-hoc. En línea, [http://www.oilwatch.org/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=225&limit=1&limitstart=2&lang=es]. Visitado el día 17 de octubre de 2007.

Laudo Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile, dictado por el CIADI, N° ARB/98/2. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

Laudo MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile S.A. vs. Chile, dictado por el CIADI, N° ARB/01/7. En línea, [<http://www.asil.org/ilib/MTDvChile.pdf>]. Visitado el día 24 de marzo de 2007.

Laudo Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. vs. Perú, dictado por el CIADI, N° ARB/03/4. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

Laudo Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile, dictado por el CIADI, N° ARB/04/7. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]. Visitado el día 28 de noviembre de 2007.

Libros.

ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 1950.

BENADAVA CATTAN, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Editorial Conosur, sexta edición, Santiago de Chile, 1999.

BENADAVA CATTAN, Santiago y otros. *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 1992.

CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 2004.

COLINA GARÉA, Rafael. *La Función Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978*. José María Bosh editor, España, 1997.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos, undécima edición, España, 1994.

DOLZER, Rudolph Y STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Holanda, 1995.

DUGUIT, León. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*. Primera Edición, París, Francia, 1908.

EPSTEIN, Richard. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos, 1985.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos Constitucionales*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, primera Edición, Santiago de Chile, 1986.

FISCHEL, William A. *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*. Harvard University Press, Massachusetts, Estados Unidos, 1998.

LÓPEZ PELLICER, José A. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tomo II, Editorial DM, España, 2002.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. Oxford University Press, primera edición, Estados Unidos, 2002.

MAYORGA, Roberto y MONTT, Luis. *Inversión Extranjera en Chile, marco legal general, nacional e internacional*. Editorial Jurídica ConoSur, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, 2004.

MAYORGA LORCA, Roberto; MORALES GODOY, Joaquín y POLANCO LAZO, Rodrigo. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias. Aspectos nacionales e internacionales*. Editorial Lexis Nexis, primera Edición, Santiago de Chile, 2005.

MERCURO, Nicholas. *Takings, property and just compensation: Law and Economics Perspectives of the Taking Issues*. Kluger Academic Publisher, Boston, Estados Unidos, 1994.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003.

PFEFFER URQUIAGA Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Derecho Constitucional*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 2002.

PIPES, Richard. *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a los largo de la Historia*. Primera Edición, Editorial Turner, Madrid, España, 2002.

RIESENFELD, Stefan. *Foreign Investments*. Encyclopedia of Public International Law, vol. 2, Editor Robert Bernhardt, Amsterdam, Holanda, 1995.

RIPERT, Georges. *Le déclin du Droit. Études sur la législation contemporaine*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, Francia, 1949.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II. El principio de Juridicidad. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1996.

VIVES, Julio. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Primera edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, España, 1998.

Memorias.

AYÓN CARRANZA, Sergio. *La expropiación en México y en el TLCAN: Un enfoque analítico*. Tesis para optar al grado Licenciado en Derecho con especialidad en Derecho Internacional de la Universidad de las Américas Puebla. Profesor guía Moisés Romero Beristain. Puebla, México, 2003. En línea, [http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/ayon_c_s/capitulo3.pdf]. Visitado el día 20 de enero de 2008.

ESCARATE PICA, Karin Isabel. *Aspectos Constitucionales de una legislación sobre conservación y uso de suelos en Chile, en cuanto limitación al derecho de propiedad derivada de su función social*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor guía Miguel Ángel Fernández González, Santiago de Chile, 2004.

QUEZADA VENEGAS, JAIME. *La protección diplomática, la cláusula Calvo y las actuales formas de solución de conflictos entre Estados y Nacionales de otros Estados*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesora guía Jeannette Irigoien, Santiago de Chile, 2004.

RODRÍGUEZ GÓMEZ DE LA TORRE, Macarena. *Régimen de la Inversión Extranjera Chilena y Análisis Comparado de los Incentivos a la Inversión, con Especial Referencia a Irlanda y Singapur*. Memoria para optar al grado de

Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
Profesor guía Joaquín Morales Godoy, Santiago de Chile, 2005.

Prensa escrita.

PERIÓDICO EL MERCURIO. Editorial del día 10 de noviembre de 1993.

PERIÓDICO LA SEGUNDA. *¿Por qué existe el Decreto Ley 600?* Columna de Gonzalo Vial Correa. Edición del día 9 de marzo de 2004.

Tratados Internacionales.

Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Croacia. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/CROACIA.pdf>]. Visitado el día 24 de marzo de 2007.

Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Dinamarca. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA%20ESPANOL.pdf>] Visitado el día 24 de marzo de 2007.

Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Ecuador. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/ECUADOR.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Malasia. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/MALASIA.pdf>]. Visitado el día 24 de marzo de 2007.

Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Perú. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/PERU.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

Acuerdo de Promoción y Protección a la Inversión Chile-Suiza. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. En línea, [http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicwas1.asp]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/CAPITULO%20G%20%20TERCERA%20%20PARTE.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

Tratado de Libre Comercio Chile-Japón. En línea, [<http://www.direcon.cl/pdf/1%0%20TLC%20CHILE%20JAPON%20TEXT0%20PRINCIPAL.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

Tratado de Libre Comercio Chile-Corea. En línea, [<http://www.direcon.cl/documentos/corea/Parte%20III%20%20InversionesServicios%20y%20Asusntos%20Relacionados.pdf>]. Visitado el día 30 de noviembre 2007.

Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Australia. En línea, [http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/Section_Index.html]. Visitado el día 24 de marzo 2008.

Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica (CAFTA). En línea, [<http://www.cafta.gob.sv/>]. Visitado el día 24 de marzo 2008.

Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Marruecos. En línea, [http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Morocco_FTA/FInal_Text/Section_Index.html]. Visitado el día 24 de marzo 2008.

Tratado Libre Comercio Chile-Estados Unidos. En línea, [http://www.direcon.cl/index.php?accion=tlc_eeuu]. Visitado el día 23 de abril de 2007.

Anexo 10-D, interpretativo del Tratado Libre Comercio Chile-Estados Unidos. En línea, [<http://www.legadigital.cl/doc/tratados/USA%20libre%20comercio.pdf>]. Visitado el día 12 de diciembre 2006.

Sitios web.

Constitución de Estados Unidos de Norteamérica. En línea, [http://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Estados_Unidos]. Visitado el día 18 de marzo de 2008.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En [<http://www.rae.es>]. Visitado el día 1 de febrero de 2008.

Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. En [<http://www.direcon.cl>]. Visitado el día 14 de marzo de 2008.

Glosario de Términos Económicos, Organizaciones y otros. En línea, [www.bch.hn]. Visitado el día 19 de octubre de 2006.

Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa-archive/7.htm>]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

Reglas de Iniciación del CIADI. En línea, [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partD-rule.htm>]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

Reglas de Arbitraje del CIADI. En línea, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.

Reglas de Conciliación del CIADI. En línea, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf]. Visitado el día 24 de marzo de 2008.