

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**“EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TRATO
JUSTO Y EQUITATIVO EN EL NAFTA Y
REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA
EXTERIOR CHILENA”**

AUTOR:
NICOLÁS MUÑOZ MONTES
PROFESOR GUÍA: HÉCTOR NAVARRETE TAPIA
2005

INTRODUCCIÓN .	1
Capítulo I: Tratamiento al inversionista extranjero . .	5
Capítulo II: Significado del Concepto “Trato Justo y Equitativo” . .	13
Capítulo III: Conceptualización del estándar de tratamiento justo y equitativo en el NAFTA . .	19
Capítulo IV: Conceptualización del estándar en el Derecho Chileno. . .	27
CONCLUSIONES . .	45
BIBLIOGRAFÍA .	49
Derecho Constitucional . .	49
Derecho Civil . .	49
Derecho Internacional . .	50
Artículos y ponencias .	50
Páginas Web . .	51

INTRODUCCIÓN

Si hasta la primera mitad del siglo 20 los diferentes Estados buscaban proteger sus economías buscando satisfacer de manera autónoma las necesidades de su población, la 2ª guerra mundial cambió completamente el panorama, siendo las reacciones reconstructivas posteriores encaminadas principalmente a ir liberando el comercio internacional y creando una mayor interacción económica entre los distintos países.

Viéndolo como motor de desarrollo, uno de los pasos más importantes en este sentido ha sido la difusión de la idea de que la inversión extranjera directa ¹ puede, más que ser un peligro para los países en vías de desarrollo, en cuanto impediría el crecimiento de su economía local; constituirse en un importante factor de desarrollo, potenciando aquellas industrias en que, por las características naturales, humanas y jurídicas, podrán desarrollarse de una manera más eficiente.

Se amplía así la relación que existía entre países importadores y exportadores de bienes, a una naciente relación entre países exportadores de capital y países importadores de capital, en la cual la protección de los extranjeros que se "atreven" a invertir en un país extraño pasa a ser un tema central. Siguiendo esta línea, Chile ha

¹ Según el FMI se considera como directa una inversión que se realiza "para adquirir un interés duradero en una empresa que opera en una economía distinta de la del inversor, siendo el propósito del inversor el tener una influencia efectiva en la administración de la empresa". Para la OECD, el nivel de participación en el capital social a partir de lo que se considera que se pueda ejercer un control efectivo debe ser como mínimo de un 10%. Véase: Marta Bengoa Calvo y Blanca Sánchez-Robles Rute *Inversión Directa Extranjera En Latinoamérica: Impacto Sobre Crecimiento Económico*

desarrollado una política de inserción en el comercio internacional y de apertura al mundo que lo ha puesto entre la avanzada en estas materias. Esta política de inserción internacional ha sido combinada con la suscripción de Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones (APPis) y, recientemente, de Convenios que eviten la doble tributación y Tratados de Libre Comercio.

Los APPis, que como instrumentos internacionales de carácter internacional, buscan fomentar la inversión extranjera otorgándoles ciertas garantías son, por lejos, los instrumentos de mayor proliferación en la historia reciente. Entre 1993 y 2005 se han suscrito 52 Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones, publicándose, a la fecha, 38 de ellos. Pese a que dentro de la "guía de las negociaciones comerciales de Chile" desarrollada por la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON), se señala que *"la protección de las inversiones comprometidas a la luz de un acuerdo, mediante un TLC o un APPi, considera como primer principio el Trato Nacional, es decir, que los capitales extranjeros que ingresan a un país tienen los mismos derechos que las inversiones locales."*², en la totalidad de los APPis suscritos y publicados por Chile se hace referencia a un tratamiento justo y equitativo. En algunos se combina con trato nacional o cláusula de la nación más favorecida, o con los dos, y en algunos se establece como estándar la legislación nacional y en otros el Derecho Internacional. Lo que es claro es que, no habiéndose definido un concepto propio y único de tratamiento justo y equitativo, podríamos decir que puede haber hasta 38 conceptos distintos a los que Chile se encuentra obligado a satisfacer en virtud de los acuerdos en vigencia. ¿Es lo mismo el tratamiento justo y equitativo para España que para China? ¿Qué es un tratamiento justo y equitativo para Cuba?

Baste al respecto señalar lo sostenido por Miguel Flores Bernés³ en artículo sobre trato a la inversión extranjera: *"Por el contrario, el caso de las amplias interpretaciones en materia de trato justo y equitativo que se han dado en el contexto del TLCAN y de los APPRIs, sí es causa de preocupación y anticipa que será necesario un consenso amplio a nivel internacional para evitar menoscabar la verdadera intención de los países firmantes de instrumentos internacionales en materia de inversión."*

La cuestión ha sido abordada principalmente en la esfera de los países del NAFTA, los cuales han "sufrido" la interpretación excesiva del concepto por parte de tribunales, siendo responsabilizados por incumplir estándares a los que no pensaban estar obligados.

Esta memoria pretende exponer la evolución que en el ámbito del NAFTA ha tenido el concepto y cómo la ha afectado la interpretación de tribunales arbitrales; y, dado que este grupo de países constituye una parte importante de aquellos con los que Chile mantiene Tratados de Libre Comercio, buscar en la evolución chilena del concepto, la

² Direcon, *Guía de las Negociaciones Comerciales de Chile*. Durante bastante tiempo estuvo publicada en www.direcon.cl, aunque en la actualidad no se encuentra en dicha página.

³ Director General Adjunto de Asuntos Internacionales, Secretaría de Economía, México. Jefe de la Delegación Mexicana en el Grupo de Negociación de Inversión del ALCA. Corresponsable de la delegación mexicana en la negociación de acuerdos internacionales en materia de inversión.

conexión con las problemáticas surgidas para sus “socios” comerciales.

Capítulo I: Tratamiento al inversionista extranjero

Uno de los desafíos propios del Derecho Internacional, tanto público como privado, ha sido la determinación del tratamiento que un Estado debe dar a los extranjeros. Los Estados han ido desarrollando posiciones sobre la materia en el entendido que el tratamiento dado a un extranjero tendrá el efecto de *“conseguir el reconocimiento de determinados derechos para sus nacionales que residan en el territorio del otro Estado y dirigidas a conseguir que los mismos sean respetados.”*⁴

El trato dado a los extranjeros podrá ser determinado por normas de Derecho Internacional convencional; sin embargo, la evolución de la doctrina en esta materia ha llevado a la construcción de un *estándar mínimo de derecho internacional*, el cual, como parte del Derecho Internacional General, comprende una serie de derechos mínimos que cualquier Estado podrá considerarse compelido a otorgar a los extranjeros que pisen su territorio.

En general, y dado el origen político de las decisiones en virtud de las cuales los Estados suscriben acuerdos en que se contempla el tratamiento que ha de darse a los extranjeros, se ha sostenido que *“la definición y el contenido de los derechos de un tratado dependerán de los TBI en concreto del que procedan los derechos. La forma de estos instrumentos varía en gran medida reflejando las diferentes prioridades, enfoques y*

⁴ Díez de Velasco, Manuel; Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos 1985, p. 439.

posiciones de negociación de los Estados. Sin embargo, los TBI pretenden facilitar la inversión y tratar, por tanto, cuestiones de leyes, políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. Por consiguiente, cuestiones sobre la admisión de inversiones, el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre transferencia de fondos y compensación de capital y beneficios, la compensación en caso de expropiación y la resolución de controversias se incluyen de forma invariable en estos tratados.”⁵

Si bien el tratamiento a los inversionistas extranjeros es materia de tratados internacionales especiales y, a veces, un capítulo en Tratados de Libre Comercio, la generalización de normas al respecto, no tanto en su contenido como en la claridad de que los inversionistas extranjeros merecen protección del Estado receptor ha llevado a *“algunos autores a sostener que se está en presencia de normas consuetudinarias por lo que un inversor podría pretender protección internacional de su inversión aún cuando ésta no estuviera cubierta por ningún tratado, sobre la base de que existe un Standard mínimo de protección internacionalmente reconocido y aceptado por los sujetos del derecho internacional.”⁶*

Trato nacional

Singularmente considerado, probablemente el estándar de trato nacional es el más importante en los tratados sobre inversión internacional. Al mismo tiempo puede considerarse un nivel muy difícil de cumplir puesto que afecta a un nivel sensible aspectos tanto económicos como políticos. Es por esto que los Estados no se ven en posición de garantizar este estándar de tratamiento a las inversiones si hacer respecto de él calificaciones y restricciones.

El trato nacional puede ser definido como *“un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”⁷*. Para Cremades y Cairns, el derecho al trato nacional *“protege a los inversores extranjeros de exigencias especiales que se traducirían en una desventaja competitiva en comparación con los inversores nacionales”⁸*.

Mediante la inclusión de este estándar en los instrumentos que rigen la interacción económica se establece un nivel de igualdad que permite una justa competencia entre factores económicos sin importar su nacionalidad de origen, eliminando distorsiones y

⁵ Cremades, Bernardo y Cairns David; *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los tratados*; en Revista Internacional de Arbitraje, Editorial Legis, 2004. p.31-32.

⁶ Mariana Herz; *Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los Albores del Nuevo Milenio: De los Tratados Bilaterales, Mercosur Mediante, al Alca y la OMC*. En Revista Electrónica De Estudios Internacionales, 2003, www.reei.org

⁷ Mauricio Rodas, *Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile*; CEPAL - SERIE Medio ambiente y desarrollo, 2003.

⁸ Cremades, Bernardo y Cairns David; *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los tratados*; en Revista Internacional de Arbitraje, Editorial Legis, 2004. p.89.

delegando en el mercado la facultad de determinar los estándares de servicios y productos que deberán cumplir los agentes económicos locales.

En una discusión similar a la que más adelante se explicará en relación al tema principal de esta memoria, el estándar de trato nacional ha sido materia debatida. Por una parte, puede considerarse como uno de los elementos de una de las posiciones doctrinarias relevantes en el marco del Derecho Internacional, cual es la llamada “doctrina Calvo”. Según esta doctrina, la cual ha sido sostenida especialmente por los países latinoamericanos, a los extranjeros y su propiedad sólo se les puede garantizar ser tratados de manera equivalente a la en que, conforme a las leyes locales del país anfitrión, se trata a los nacionales⁹. En palabras de Benadava, *“el extranjero no puede exigir del Estado mejor trato que el que éste da a sus nacionales”*.¹⁰ La posición inversa, sustentada principalmente por países desarrollados, sostiene la existencia, en función de la doctrina de la responsabilidad del Estado¹¹, de un estándar absoluto según el cual se debería tratar a los extranjeros, pasando a ser ese el estándar, según esta posición, un mínimo exigible no en virtud de la ley nacional y de la normativa aplicable en un caso determinado, sino del derecho internacional consuetudinario¹².

Entenderemos por Derecho Internacional Consuetudinario, según el Glosario De Términos Sobre Migración y Refugio del Centro de Información Migratoria para América Latina¹³ el “conjunto de normas cuya autoridad se deriva de la práctica constante y regular de los Estados, más que de su formulación expresa en un tratado u otro texto jurídico. Para que la práctica de los Estados llegue a constituirse en una norma de derecho internacional consuetudinario, es preciso que vaya acompañada de la convicción social de que constituye una obligación jurídica.”

Según el Diccionario de Derecho Internacional¹⁴, el derecho internacional

⁹ Tal doctrina, que lleva el nombre de su creador, fue reflejada básicamente en la denominada “cláusula Calvo”, la cual, en la práctica de los países de América Latina, se incluía en los contratos celebrados con extranjeros, especialmente en los relativos a obras públicas, concesiones, etc., estableciendo que las empresas y ciudadanos extranjeros consentían expresamente en ser equiparados a los nacionales a efectos de reclamaciones y de acciones judiciales y renunciaban a cualquier trato, prerrogativa o facultad que les correspondiese por su condición de extranjeros, incluida entre ellas la protección diplomática. (Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, 1985; p.452.)

¹⁰ Santiago Benadava; Derecho Internacional Público, Editorial Conosur, 1985, p.178.

¹¹ La doctrina de la responsabilidad del Estado se construye sobre la afirmación de ser un principio fundamental del Derecho Internacional que todo acto o comportamiento de un Estado, contrario a sus obligaciones internacionales (hecho ilícito) hace incurrir a ese Estado en responsabilidad y lo obliga a reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de tal hecho. (Santiago Benadava; Derecho Internacional Público, Editorial Conosur, 1985, p.143)

¹² La negativa a la existencia de este estándar por los países en desarrollo radica en la posibilidad de que eventualmente algún organismo pudiera determinar que el tratamiento otorgado por un Estado a sus nacionales es insuficiente en relación al parámetro del trato mínimo de derecho internacional consuetudinario, estableciendo, de esa manera que el trato que ese Estado de a los extranjeros deba ser más favorable que el que le brinda a sus propios nacionales.

¹³ <http://www.cimal.cl/glosario/d.htm>

consuetudinario está constituido por los “principios y normas del derecho internacional aplicados en las relaciones entre todos los Estados de cualquier sistema político y social.” (citado por César Moyano Bonilla, en *Las Relaciones del Derecho y los Tribunales Internos Colombianos con el Derecho y los Tribunales Internacionales*¹⁵)

Una de las características del trato nacional, la cual comparte con el estándar de tratamiento de la nación más favorecida, es que se trata de un concepto relativo, dado que para determinar el nivel de protección que el Estado deberá otorgar a determinado inversionista, deberá atenderse al tratamiento que ese mismo Estado concede a sus nacionales, y no a un principio especialmente diseñado para el tratamiento de extranjeros.

Por regla general, el estándar ampara a los inversionistas una vez que ya se han instalado en el territorio del Estado receptor de la inversión, sin embargo algunos APPI’s extienden esta protección a los inversionistas antes de instalarse. En este sentido han evolucionado los distintos tratados internacionales, particularmente aquellos relativos a inversiones suscritos con distintos países por EEUU y Canadá. La tendencia a aplicar el estándar de tratamiento al pre-establecimiento es creciente, y ha desencadenado una discusión sobre el tipo y la extensión de las excepciones que los países deben establecer para retener cierta discrecionalidad en algunas medidas relativas a inversión que son de particular importancia para ellos.

La gama de excepciones a la aplicación de este estándar es amplia, comprendiendo, según la UNCTAD¹⁶ sectores productivos excluidos de la inversión extranjera o en los cuales se excluye la garantía de trato nacional a tales inversionistas definidos ya sea por “listas” positivas o listas negativas. Junto a ello, normalmente se impondrán restricciones de carácter general relacionadas con conceptos como orden público, interés nacional, moral y buenas costumbres, etc. Conceptualmente, en todo caso, el límite vendrá determinado por la necesaria igualdad que supone el estándar, la que obliga a que el trato nacional sea calificado en función de ser el otorgado a nacionales y extranjeros que se encuentren en una determinada situación. La discusión derivará, entonces, en el grado de laxitud o rigurosidad con que se calificará tal situación, decidiendo si el mismo nivel de trato debe aplicarse sólo a situaciones idénticas, o basta con que sean situaciones similares.

El origen del trato nacional lo podemos encontrar en los tratados relativos al comercio de los siglos XII y XIII, y posteriormente en instrumentos como la Convención de París sobre Protección de la Propiedad Intelectual (1883), y más actualmente el GATT y la OMC. En particular en estos últimos, el trato nacional es visto como un instrumento eficaz en la búsqueda de la eliminación de las barreras de entrada que puedan

¹⁴ Diccionario de Derecho Internacional, Moscú, Editorial Progreso, 1988, p. 126.

¹⁵ Boletín Mexicano de Derecho Comparado; N° 88, 1997. Ver en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/art/art12.htm#N13>

¹⁶ *Trato Nacional*. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión. Naciones Unidas. UNCTAD/ITE/IIT/11.

distorsionar el libre comercio. Tal ha sido la importancia de la inclusión de esta cláusula dentro de los acuerdos de esta organización que el propio Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, en la página web de la Dirección de Asuntos Económicos, limita a este aspecto su definición sobre el estándar, señalando que se trata de *“un concepto incorporando en los tratados internacionales en virtud de la cual los bienes y servicios importados desde otro país miembro de la OMC deben recibir igual trato que los bienes similares o directamente competidores nacionales. Es la forma de hacer operativo el principio de la no discriminación en cuestiones comerciales. En concreto el artículo III del GATT exige que se conceda a las mercancías importadas, una vez que hayan pasado la aduana, un trato no menos favorable que el otorgado a las mercancías idénticas o similares de producción nacional. En el artículo XVII del AGCS y el artículo 3 del acuerdo sobre los adpic también se establece el trato nacional en materia de servicios y de protección de la propiedad intelectual, respectivamente.”*¹⁷

En el mismo sentido, en materia de inversión extranjera, el trasfondo de la inclusión de este estándar en los tratados es el objetivo de permitir que exista competencia ya no sólo en la comercialización de productos nacionales e importados, sino que en todos los niveles de la actividad económica del Estado receptor. La evolución de esta posición es la que ha llevado a extender el ámbito de acción más allá de la actividad económica instalada en un determinado mercado, sino a la potencial, en cuanto brindar posibilidades igualitarias para desarrollar una actividad económica en el territorio del Estado anfitrión.

En el caso de Chile, la estrategia desarrollada para lograr una apertura comercial e incorporarse a los mercados mundiales, ha comprendido, sobre todo en el ámbito de los acuerdos bilaterales, ya sea de comercio o inversión, un esfuerzo dirigido a demostrar la imparcialidad y poca discrecionalidad en el trato a los productos, inversionistas y capitales extranjeros. El objetivizar los procedimientos ofrece al extranjero la garantía de ser tratado de una manera no discriminatoria. Lo mismo ocurre, al ofrecérsele un nivel de trato nacional, puesto que, ya sea buena o mala la normativa o las condiciones de hecho de nuestro mercado, al inversionista, en búsqueda de rentabilidad, sólo puede interesarle estar en una situación en que se le permita competir y diferenciarse del resto partiendo sobre las mismas bases.

Trato de la nación más favorecida

El trato de la nación más favorecida impone a un Estado receptor de inversiones extender a los inversionistas de un determinado país extranjero el nivel de tratamiento otorgado a los inversionistas de cualquier otro Estado extranjero en casos similares.¹⁸

Tradicionalmente, este estándar, considerado uno de los puntos centrales del multilateralismo, se ha entendido vinculado a tratados relativos al comercio. Los primeros ejemplos de estas cláusulas provienen del siglo XV y la suscripción de un tratado sobre

¹⁷ Direcon, *Guía de las negociaciones comerciales de Chile*. Durante bastante tiempo estuvo publicada en www.direcon.cl, aunque actualmente no se encuentra en dicha página.

¹⁸ Para Cremades y Cairns, el trato de la nación más favorecida garantiza a los inversores del Estado receptor un trato no menos favorable que el que este otorga a los nacionales de cualquier otro país. Tal como en el trato nacional, protege a un inversor de la exigencia de requisitos especiales y de una desventaja competitiva frente a los inversores extranjeros de otros países.

comercio marítimo por el cual se le garantizaba a los barcos ingleses el acceso al puerto de Flandes en las mismas condiciones otorgadas a franceses, daneses y escoceses.¹⁹

Según la Dirección de Asuntos Económicos de la Cancillería, se trata de una *“cláusula en los tratados internacionales que garantiza que el mejor trato a un país miembro será extendido a todos los demás países miembros, de manera automática e irrevocable. Este término fue consagrado en el acuerdo sobre aranceles aduaneros y comercio (Gatt) y, posteriormente, se ha usado en otros acuerdos multilaterales y subregionales. Un arancel de NMF quiere decir aquel arancel cobrado a todos los miembros de la OMC. En el caso del acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS o GATS), esta disciplina es de aplicación general, es decir, debe otorgarse un trato no menos favorable a los servicios y prestadores de servicios de cualquier estado miembro o incluso el mejor trato que se le diera a los servicios o prestadores de servicios de un país no parte de OMS. En el caso de los servicios e inversiones, este trato se extiende al otorgado a los nacionales del país en cuestión.”*²⁰

En la actualidad, no obstante el carácter restringido que le da la definición anterior, la cláusula de la nación más favorecida se aplica tanto en materia comercial como de inversiones. Sin embargo, dada la variedad de aspectos que afectan la actividad empresarial desarrollada por un inversionista, habrá mayores posibilidades, y menos notorias, de que se produzcan discriminaciones que puedan ser reclamadas por un particular fundado en esta cláusula. El límite podrá encontrarse, en todo caso, en el hecho de no poder considerarse todo hecho como un tratamiento otorgado generalmente a los inversionistas de un país. Así, si un país anfitrión le otorga garantías, incentivos o tratos especiales a un inversionista en particular en un contrato de inversión, no habría obligación, conforme a la cláusula de la nación más favorecida, de extender tales beneficios a los inversionistas de otro país extranjero. Sólo será extensible el estándar de trato a inversionistas de terceros Estados cuando los beneficios otorgados al inversionista comiencen a hacerse la regla general para sus connacionales. Más aún, el estándar no implica que los inversionistas extranjeros deban ser tratados de manera igualitaria irrestrictamente. En todo caso inversionistas de distintos países de origen podrán ser tratados de distinta forma si, por ejemplo, desarrollan su actividad empresarial en distintas áreas de la economía y las diferencias de trato responden a esta última diferencia y no a la nacionalidad. Es por esto que múltiples tratados añaden a la frase “trato no menos favorable”, la de “en circunstancias similares”. Respecto de Chile, esta redacción, y por lo tanto, la contextualización en función de las circunstancias, sólo aparece en el APPI suscrito con Portugal, además de los TLC’s con EEUU y Canadá.

El estándar propiamente tal, en cambio, es parte de la gran mayoría de los tratados suscritos por Chile, tanto en materias comerciales como de inversiones²¹.

Trato justo y equitativo

El estándar de tratamiento justo y equitativo ha aparecido como un componente

¹⁹ Trato de la Nación Más Favorecida. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión. Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/10.

²⁰ www.direcon.cl

importante den la regulación sobre inversiones internacionales a contar del período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial. De hecho, la primera referencia a un tratamiento “equitativo” la encontramos en la Carta de La Habana para una Organización de Comercio Internacional, de 1948, la cual proponía como una de las funciones de esta entidad el asegurar un trato justo y equitativo a las empresas y capitales llevados de un Estado miembro a otro. El mismo año, varios estados americanos suscribieron el Acuerdo de Bogotá, el cual establecía que el capital extranjero debía recibir un tratamiento equitativo, el cual se oponía en el texto a cualquier tipo de medida que pudiera calificarse de injustificada, no razonable o discriminatoria. Si bien tales documentos marcan históricamente el nacimiento de este estándar de tratamiento, el que nunca hayan entrado en vigencia impidió que pudiera conocerse tempranamente cuál iba a ser su aplicación práctica. Puede sostenerse, sin embargo, que el objetivo de su inclusión en esos y otros instrumentos posteriores tuvo como objetivo constituir una salvaguardia frente a acciones del Estado que pudieran estar en contra de normas internacionalmente aceptadas²². A nivel bilateral, en todo caso, y bajo las mismas directrices, el estándar comenzó a hacerse frecuente en un gran número de tratados de Amistad, Comercio y Navegación suscritos por Estados Unidos en la década de 1950.

La aproximación al estándar de estos tratados no fue muy distinta a la adoptada en forma posterior por un grupo de abogados y gente de negocios al desarrollar un bosquejo de Convención sobre Inversión Extranjera, denominada Abs-Shawcross en honor a sus creadores, de la cual se criticó el representar el punto de vista de los países exportadores de capital. Ya en la década de los 60, la influencia de la OECD²³ y sus postulados sobre la protección a la inversión extranjera comenzó a hacerse más notoria con la proliferación de tratados bilaterales sobre inversión, los hoy denominados APPI’s, en cuya suscripción países que tradicionalmente habían impulsado el control nacional sobre la inversión extranjera, y posteriormente el trato nacional, han incorporado como propio el estándar de tratamiento justo y equitativo.

Los APPI’s, que hasta 1997 sumaban más de 1500 alrededor del mundo, fueron

²¹ Los tratados sobre inversiones contienen variadas clases de excepciones generales al trato de la nación más favorecida; entre ellas se encuentran: orden público, moral y salud pública, seguridad nacional. Además, no pueden hacerse extensivos tratamientos otorgados a otros países en virtud del establecimiento de zonas de libre comercio, zonas aduaneras, mercado común u otras formas de organización económica o acuerdos sobre tributación. Por último, si el tratamiento especial es otorgado por un país desarrollado a un país en desarrollo para el beneficio de éste último, no podrá exigirse al primero el hacerlo extensivo.

²² Catherine Yannaca-Small; FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW; Organisation for Economic Co-operation and Development, WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT, Número 2004/3

²³ Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, fundada en 1961 y compuesta en la actualidad por 30 países que sustentan su estrategia de crecimiento en modelos de mercado, democracia y libre comercio. Los principales objetivos de esta organización son: a) Impulsar el mayor crecimiento posible de la economía y el empleo, elevar el nivel de vida en los países miembros en condiciones de estabilidad financiera y contribuir al desarrollo de la economía mundial. b) Promover el desarrollo económico de los países miembros y no miembros. c) Impulsar la expansión del comercio mundial sobre bases multilaterales y no discriminatorias acordes con las normas internacionales.

adquiriendo el trato justo y equitativo como una de sus disposiciones tipo, constituyendo hoy en día una excepción el instrumento de esta naturaleza que no contempla este estándar. La nueva generación de acuerdos, los Tratados de Libre Comercio, en sus capítulos de inversión, han en su mayoría incluido el trato justo y equitativo, tal como ha ocurrido con una importante cantidad de acuerdos multilaterales alrededor del mundo.

Como se explicará más adelante, no existe un concepto unívoco para definir el estándar de tratamiento justo y equitativo, por lo que su contenido, hasta el presente, es objeto de discusión a nivel doctrinario, no habiéndose hasta la fecha impuesto alguna postura por sobre otras.

Algunos autores han sostenido, como una de las particularidades del estándar de tratamiento justo y equitativo es el tratarse de un estándar de trato absoluto, que no hace referencia al trato que un Estado da, ya sea a sus nacionales, o a nacionales de terceros países. En este sentido, Bernés señala *“el concepto de trato justo y equitativo proviene del derecho internacional consuetudinario, y se considera una obligación absoluta, ya que las partes contratantes de un acuerdo deben proporcionar dicho nivel de trato independientemente del nivel que proporcionen a sus propios nacionales.”* Lo anterior, como veremos en adelante, puede ser controvertido, puesto que la tendencia actual en un grupo importante de países es la de homologar el nivel de tratamiento al que obliga este estándar a determinados conjuntos de normas de derecho internacional, lo que, si bien no lo lleva a la “relatividad” del trato nacional y de la nación más favorecida, hacen depender su contenido de entes normativos dinámicos, que van evolucionando y mutando a través del tiempo.

Capítulo II: Significado del Concepto “Trato Justo y Equitativo”

Desde la aparición del concepto en los primeros tratados, las distintas partes intervinientes en las relaciones cubiertas por los mismos tratados, han intentado dar a la frase “trato justo y equitativo” un contenido según la posición que en dicha relación tengan. El significado del concepto, por tanto, ha sido interpretado de varias maneras distintas por las partes, lo que ha redundado en que sea interpretado, también de distintas maneras, por los tribunales que han resuelto sobre la materia.

(i) Conceptualización literal o sentido corriente²⁴

Una de las interpretaciones o aproximaciones al concepto ha sido aquella que sostiene que el término debe entenderse de manera pura y simple según el sentido corriente de sus palabras, de modo tal que, existiendo para un inversionista garantía de ser tratado de forma justa y equitativa, todos los actos del Estado garante respecto del inversionistas deberán pasar el estándar de ser, a su vez, justos y equitativos.

Una de las virtudes de esta interpretación es que es consistente con las reglas de interpretación generalmente aceptadas en el derecho internacional²⁵. No habiendo gran jurisprudencia sobre el significado preciso del concepto en situaciones particulares, podría tenderse que la expresión es tan fácilmente entendible que no puede generar mayores diferencias de opinión. Si el término se incluyó en los tratados por acuerdo de

²⁴ Apartado basado en texto de las series de UNCTAD sobre acuerdos internacionales de inversión “Fair and Equitable Treatment”

los Estados contratantes, y no ha habido pronunciamientos en contrario o reservas, podría decirse que los Estados han aceptado que el significado del concepto es el que cualquier persona podría darle al leerlo.

No obstante, la aproximación según el sentido corriente no está exenta de dificultades. En primer lugar, los conceptos “justo” y “equitativo”, son cada uno inherentemente subjetivos y bastante poco precisos. Así, según el sentido corriente de las palabras, sería concebible que una situación dada satisficiera el estándar de trato justo y equitativo en la perspectiva de un país importador de capital, pero fallara en el cumplimiento desde el punto de vista de un país exportador de capital. Tal diferente percepción vendrá determinada por las diferentes tradiciones jurídicas y raigambres culturales de cada país.

Las dificultades en la interpretación podrán derivar también del hecho que los conceptos “justo” y “equitativo”, en su sentido corriente, no hacen referencia a ninguna norma o precedente por el cual guiarse. En vez de eso, se propone que, caso a caso, la pregunta respecto a si un determinado inversionista está recibiendo un trato justo y equitativo sea respondida sin referencia a ninguna definición técnica del concepto, lo que en la práctica podría traer interpretaciones contradictorias.²⁶

En todo caso, la vaguedad del concepto no será necesariamente un defecto del mismo; en algunos casos, la falta de precisión podrá ser considerada, tanto por los Estados como por los inversionistas, una garantía de flexibilidad, dado que podrá adaptarse a las realidades que, no habiéndose previsto al tiempo de la suscripción del tratado, vayan desarrollándose durante la vigencia del acuerdo de inversión.

Lo anterior no resta importancia ni contenido al concepto, puesto que, de todos modos, la facultad de determinar el trato justo y equitativo en el caso concreto no estará entregada al Estado o al inversionista, sino a un tercero imparcial que podrá incorporar en su interpretación el tratamiento práctico que las partes han dado al concepto durante la vigencia del tratado, además de los argumentos que, durante el procedimiento de solución de controversias acordado, puedan las partes aportar en defensa de sus intereses. A lo anterior puede añadirse que, aun siendo ambiguo el contenido del concepto, en una importante parte de los casos, la calificación de justo o injusto, o de equitativo o inequitativo, será bastante similar incluso entre países de culturas muy diferentes. Podrían, por lo tanto, construirse especies de “listas blancas” y “listas negras”, en que estuvieran contenidos los comportamientos que, desde todos los puntos de vista pueden ser considerados “justos y equitativos” o “no justos y equitativos”.

(ii) Referencia al derecho internacional

Una segunda posición al respecto es la que busca equiparar el concepto de trato justo y equitativo con un estándar propio del derecho internacional. Esta aproximación

²⁵ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala, en su sección tercera, artículo 31 n°1: *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”*

²⁶ Fatouros, A.A.; *Government Guarantees to Foreign Investors*; Columbia University Press.

sería útil para superar algunos de los problemas que ofrece la interpretación del concepto según su sentido corriente, puesto existe un acervo importante de jurisprudencia y doctrina que ha ido pronunciándose en distinta medida sobre las obligaciones y derechos de los individuos y los Estados en la esfera del Derecho Internacional. No obstante, esta interpretación trae también algunos otros problemas. El primero de ellos se refiere a lo arbitrario que puede parecer intentar incluir en estos una referencia al derecho internacional, si en la gran mayoría de ellos, pudiendo haberse hecho de manera explícita, no se hizo. Además un estándar de derecho internacional tendría distintos niveles de aceptación entre los Estados, siendo fuerte su arraigamiento entre los países desarrollados, y discutido, en cuanto a su incorporación al derecho internacional consuetudinario, por los países en vías de desarrollo.

El segundo gran problema se refiere a una duplicidad de interpretaciones de lo que un estándar mínimo de derecho internacional significa. Las posiciones se dividen entre aquellos que consideran que se refiere a un mínimo incorporado al derecho internacional consuetudinario, y aquellos que sostienen que la referencia al derecho internacional es amplia, comprendiendo todas sus fuentes normativas.

Para Benadava, el estándar mínimo de derecho internacional *“no reviste contornos precisos, pero incluye los derechos fundamentales de la persona humana, como el derecho a no ser detenido arbitrariamente, a no ser sometido a torturas o a tratos inhumanos o degradantes, a recurrir a los tribunales locales y obtener justicia, a adquirir bienes de consumo, etc.”*²⁷

El centro de la problemática actual es resumido por Cremades y Cairns al señalar: *“el contenido del derecho a un trato justo y equitativo constituye una cuestión controvertida en el arbitraje inversor-Estado en la actualidad. Una opinión, recientemente apoyada por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, consiste en que un trato justo y equitativo se considera equivalente al criterio mínimo de protección a extranjeros en el derecho internacional consuetudinario. El punto de vista alternativo es que un trato justo y equitativo constituye un criterio independiente y de contenido propio.”*²⁸

(ii.a) Estándar Mínimo de Derecho Internacional Consuetudinario

En el contexto del derecho internacional consuetudinario, los Estados son responsables de otorgar a los inversionistas extranjeros un determinado nivel de trato sin que esto dependa de la normativa y prácticas internas de dichos Estados. Dicho nivel de trato se conoce como el estándar mínimo de derecho internacional, y se compone de un conjunto de derechos básicos establecidos en el derecho internacional que los Estados deben respetar y garantizar a los extranjeros. La violación de estos principios acarrearía para los Estados la obligación de responder, abriéndose, una vez agotadas las vías internas de solución, la posibilidad de iniciar acciones en el orden internacional.

Este estándar mínimo de trato fue definido en 1949 por A.H. Roth, autor del libro

²⁷ Santiago Benadava; Derecho Internacional Público, Editorial Conosur, 1999; p. 177

²⁸ Cremades, Bernardo y Cairns David; La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los tratados; en Revista Internacional de Arbitraje, Editorial Legis, 2004. p.89.

The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens”, como “nada más que un conjunto de reglas interrelacionadas y derivadas de una norma particular de derecho internacional general, a saber, que el tratamiento de los extranjeros está regulado por la “ley de las naciones””²⁹

No obstante lo anterior, la existencia de un estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario ha sido repetidamente cuestionado. A lo largo de todo el siglo XX, opuestas posiciones han sido sostenidas por los países desarrollados, que defienden la existencia del estándar; y los que están en vías de desarrollo, que la niegan. El llamado estándar de tratamiento justo y equitativo ha sido identificado por algunos como parte integrante del estándar mínimo de derecho internacional, posición que ha sido asumida por algunos autores³⁰. Dentro del ámbito de esta concepción, la discusión se ha centrado en si el estándar mínimo de derecho internacional es un concepto dinámico o se mantiene inalterable desde su formulación en la primera mitad del siglo XX.

Esta posición fue la seguida por la comisión que desarrollo el borrador de la convención de la OECD para la protección de la propiedad extranjera, según la cual el concepto de trato justo y equitativo fluía del bien establecido principio general de derecho internacional según el que un Estado debe respetar y proteger la propiedad de nacionales de otros Estados. Esta comisión agregó: “La frase “trato justo y equitativo”, típica en los acuerdos relevantes sobre inversión, indica el estándar establecido por el derecho internacional para el debido tratamiento por cada Estado de la propiedad de extranjeros. El estándar requiere que la protección otorgada bajo la Convención debe ser la que generalmente le otorga el Estado Parte a sus propios nacionales, pero, dado que es establecido por el derecho internacional, el estándar puede ser más exigente si las normas de derecho interno o las practicas administrativas internas no suplen los requerimientos del derecho internacional. El estándar debe adecuarse al estándar mínimo que emana del derecho internacional consuetudinario.”³¹

(ii.b) Derecho Internacional lato sensu

Una de las posiciones que considera el trato justo y equitativo como una referencia al derecho internacional, da como contenido a este estándar de tratamiento el total de las obligaciones y derechos establecidas en el derecho internacional, considerando sus distintas fuentes, para las relaciones entre Estados e inversionistas. Así, según esta posición, estarían incluidos en el concepto de trato justo y equitativo tanto los principios de derecho internacional como las disposiciones de los tratados de cooperación económica, APPI’s, y en general, aquellas propias del derecho internacional convencional.

Según la mayoría de los países miembros de la OECD que en 1984 contestaron un cuestionario parte de un estudio sobre los principales tipos de tratados internacionales, el

²⁹ Citado en documento OECD sobre trato justo y equitativo en las leyes sobre inversión extranjera; 2004.

³⁰ Gann, “The US Bilateral Investment Treaty Program”, Stanford Journal of International Law (1985), Paterson, “Canadian Investment Promotion and Protection Treaties”, Canadian Yearbook of International Law, (1991)

³¹ Citado en documento OECD sobre trato justo y equitativo en las leyes sobre inversión extranjera; 2004; traducción libre.

trato justo y equitativo introduce un estándar legal sustantivo referido a los principios generales del derecho internacional, aun cuando no sea explícitamente así indicado en una cláusula sobre tratamiento a los inversionistas.

En un número considerable de tratados, el principio de trato justo y equitativo está contenido en cláusulas que específicamente se refieren a las reglas y principios del derecho internacional. Ejemplo en el caso de Chile es el Acuerdo de promoción y protección de Inversiones entre nuestro país y Francia en que, siguiendo el modelo utilizado en la generalidad de sus tratados por este último país, señala en su artículo 3º: *“Cada Parte Contratante dará un tratamiento justo y equitativo de conformidad con los principios del Derecho Internacional a las inversiones efectuadas por los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio o en su zona marítima, y garantizará que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado por la ley ni por la práctica.”* Con una redacción similar se refieren a esta materia los tratados suscritos tanto por EEUU, como por el Reino Unido.

En la jurisprudencia internacional pueden encontrarse ejemplos en que el concepto de trato justo y equitativo ha sido interpretado de esta manera. En el ámbito del NAFTA, el CIADI adoptó dicha posición en el caso *Metalclad contra el Gobierno Mexicano* y de la misma forma lo hizo un tribunal constituido bajo las normas de la UNCITRAL en el caso *S.D Myers contra el Gobierno de Canadá*. En el primero, el Tribunal expresa, dentro de sus consideraciones: *“ Más aún, los actos del Estado y del Municipio – y por lo tanto actos de México – incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada Parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo.”*³² En el caso *S.D. Myers*, en tanto, se consigna en el fallo: *“The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case”*³³ .”

³² *Metalclad con México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, fallo de 30 de Agosto de 2000.

³³ *“El tribunal considera que ocurre una violación del artículo 1105 solamente cuando se demuestra que un inversionista ha sido tratado a de una manera tan injusta o arbitraria que el tratamiento se levanta al nivel que es inaceptable desde la perspectiva internacional. Esa determinación se debe hacer en la luz de la alta medida de respeto que el derecho internacional extiende generalmente al derecho de las autoridades domésticas para regular materias dentro de sus propias fronteras. La determinación debe también considerar cualquier regla específica del derecho internacional que sea aplicable al caso.”*

Capítulo III: Conceptualización del estándar de tratamiento justo y equitativo en el NAFTA

El tratado de libre comercio de América del Norte, NAFTA por su sigla en inglés, contempla para las Partes Contratantes la obligación de otorgar a los inversionistas de los otros Estados Partes, un trato justo y equitativo. Así, el artículo 1105(1) solicita a una Parte *“otorgar a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”*.

Del propio texto citado puede advertirse que el trato justo y equitativo puede entenderse como parte del contenido, junto a la protección y seguridad, de la exigencia de trato acorde con el derecho internacional. No obstante lo anterior, en varios casos surgidos en el ámbito del NAFTA, ha surgido un debate en torno al alcance de la disposición sobre el nivel mínimo de trato. Una serie de fallos y la proliferación de demandas que pretendían hacer valer la responsabilidad del Estado por incumplir estándares a los que los propios Estados pensaban no estaban obligados, obligó a la Comisión de Libre Comercio a desarrollar un documento interpretativo con el fin de limitar tales demandas. La interpretación de la autoridad en México, Estados Unidos y Canadá a este respecto, ha sido que la obligación contenida en el artículo 1105(1) exige otorgar a las inversiones de los inversionistas el nivel mínimo de trato conforme al derecho

internacional consuetudinario. Sería, por lo tanto, una referencia al acervo normativo sobre trato a los extranjeros y su propiedad, que con el desarrollo de las relaciones internacionales se han transformado en reglas de derecho internacional consuetudinario. En el mismo sentido, los países del NAFTA han acordado que la referencia a “trato justo y equitativo” no amplía las obligaciones de los Estados Partes más allá de lo reconocido por el derecho internacional consuetudinario.³⁴

Contrarios a esta interpretación, muchos de los demandantes que han entablado reclamaciones basados en el Capítulo 11 del NAFTA, sostienen que el artículo señalado obliga a las Partes a otorgar un trato que va más allá del nivel mínimo de trato para los extranjeros en conformidad al derecho internacional consuetudinario. Atendiendo a que el texto del artículo habla de “derecho internacional”, y no de “derecho internacional consuetudinario”, quienes han adherido a esta posición, le dan un contenido mayor a la obligación de trato. Además, dichos demandantes argumentan que el “trato justo y equitativo” es un estándar que debe ser aplicado sin que sea referido al derecho internacional consuetudinario. De hecho, para estos reclamantes, un tribunal únicamente necesita decidir si la acción que enfrenta el reclamante es considerada “injusta” o “inequitativa”. Inclusive, un demandante ha ido más allá al sugerir que podría haber una violación al artículo 1105(1) si la acción simplemente “molesta” al inversionista.³⁵

Los argumentos de la posición oficial se basan principalmente en el comentario al artículo 1 de la Convención de la OECD sobre la Protección a la Propiedad Extranjera, considerada el antecedente más directo respecto de la utilización del término “trato justo y equitativo” en los APPI, que indica que el trato justo y equitativo se ajusta, en efecto, al nivel mínimo que forma parte del derecho internacional consuetudinario. Tal comentario es consecuente con un estudio llevado a cabo por OECD en 1984, que confirmó que los Estados Miembros de esta organización consideraban el trato justo y equitativo como una referencia a los principios del derecho internacional consuetudinario.³⁶

El segundo argumento, mirando hacia la práctica legislativa y a la historia fidedigna, se fija en que los APPI negociados por Estados Unidos con varios países han sido aprobados por el Senado con una aclaración sobre que la norma de trato mínimo recogía el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.³⁷

El tercer argumento dice relación con la Declaración de Implementación hecha por Canadá y publicada el día que el NAFTA entró en vigencia, la que decía que el artículo 1105(1) “otorga un nivel mínimo de trato absoluto basado en principios añejos del derecho internacional consuetudinario”.³⁸

³⁴ Menaker, op. cit., página 105.

³⁵ Miguel Flores Bernés; Trato a la Inversión Extranjera, p. 12

³⁶ OECD, “*Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries*”, documento número 84/14.

³⁷ Menaker, Andrea. Op. cit., Página 107.

³⁸ Miguel Flores Bernés; Trato a la Inversión Extranjera, p. 13

Por su parte, los demandantes han sostenido su posición contraria básicamente en artículos, dentro de los cuales destaca, según Bernés, uno escrito por F. A. Mann y publicado en el *British Yearbook of International Law* en 1981. “En dicho artículo, Mann opinaba que la obligación de trato justo y equitativo va más allá de la obligación de conceder a los extranjeros el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario ³⁹ .” En palabras del propio autor: “The terms “fair and equitable treatment” envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No standard defined by other words is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously”. ^{40 41}

Como se señaló anteriormente, la declaración interpretativa se dictó producto de la situación a la que se llegó cuando, en tales demandas, en contra de la opinión de los países integrantes del NAFTA, algunos tribunales llevaron sus interpretaciones más allá de lo pensado.

El CIADI, como tribunal especializado en disputas sobre inversiones se ha pronunciado en tal sentido en varios conflictos surgidos en la órbita del NAFTA. En muchos de estos casos, la indeterminación del concepto de trato justo y equitativo terminó, antes de la declaración de 2001, en interpretaciones que atentaban contra lo que los Estados entendían debía interpretarse, amenazando con extender las obligaciones de éstos frente a los inversionistas a aspectos no contemplados al momento de la suscripción del Tratado. Uno de los fallos más importantes, y que sirvió para desnudar el “riesgo” que suponía para los Estados el garantizar a los inversionistas un tratamiento expresado en una forma tan amplia y sin haberlo definido fue el de *Metalclad contra el Gobierno Mexicano*; en 1997, la empresa estadounidense Metalclad Corporation, a nombre de su subsidiaria mexicana COTERIN, demandó al gobierno mexicano ante el CIADI. El conflicto tuvo como origen el que autoridades municipales mexicanas habían negado un permiso a COTERIN para construir un depósito de desechos tóxicos en la ciudad de Guadalcázar. Metalclad argumentó que la negación del permiso constituía una violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, solicitando una compensación por 90 millones de dólares. El tribunal encontró que México había violado el artículo 1105(1)

³⁹ Miguel Flores Bernés; Trato a la Inversión Extranjera, p. 13

⁴⁰ F. A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 *The British Year Book of International Law* (1981), 241,244 (citado en caso *Pope and Talbot*; ver en <http://www.appletonlaw.com/cases/P&T-Merits%20Award-April%2010,%202001.pdf>)

⁴¹ El término “tratamiento justo y equitativo” considera una conducta que va bastante más allá del estándar mínimo alcanzando un mayor grado de protección y según un estándar mucho más objetivo que cualquier formulación previamente empleada. Un tribunal no debería referirse a un estándar del mínimo, máximo o medio. Tendrá que decidir si, considerando todas las circunstancias, la conducta bajo su conocimiento es justa y equitativa o injusta y no equitativa. (...) Los términos deben ser entendidos y ser aplicados de manera independiente y autónoma.

porque no se le otorgó a la inversión de la empresa Metalclad un trato justo y equitativo conforme al derecho internacional. La decisión se basó en lo que el tribunal consideró una violación a los “objetivos de transparencia” del NAFTA.⁴²

En el caso *S.D Myers contra el Gobierno de Canadá*, el tribunal, incluso recondujo una violación a la obligación de trato nacional hacia al trato justo y equitativo; y sostuvo que, siendo el trato nacional una norma de derecho internacional diseñada para proteger a los inversionistas, su incumplimiento implicaría una violación al artículo 1105. Por lo tanto, una violación a la disposición de trato nacional contenida en el artículo 1102 implicaba también una obligación al artículo 1105.

Probablemente el caso más importante fue *Pope and Talbot*, el tribunal, constituido bajo las normas del NAFTA, tras un extenso análisis de la interpretación de los requisitos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” (elementos de imparcialidad) y su relación con el nivel mínimo de trato internacional, concluyó que dichos conceptos eran adicionales a los requeridos por el derecho internacional. El tribunal indicó que a los inversionistas del NAFTA debía dárseles estándar mínimo internacional más los denominados “elementos de imparcialidad”.

“110. Another possible interpretation of the presence of the fairness elements in article 1105 is that they are additive to the requirements of international law.

That is, investors under NAFTA are entitled to the international law minimum plus the fairness elements. It is true that the language of Article 1105 suggests otherwise, since it states that the fairness elements are included within international law. But that interpretation is clouded by the fact, as all parties agree, that the language of Article 1105 grew out of the provisions of bilateral commercial treaties negotiated by the United States and other industrialized countries. As Canada points out, these treaties are a “principal source” of the general obligations of states with respect to their treatment of foreign investment.

111. These treaties evolved over the years into their present form, which is embodied in the Model Bilateral Investment Treaty of 1987. Canada, the UK, Belgium, Luxembourg,

⁴² Véase: CIADI CASO No. ARB(AF)/97/1 Párrafo 70: “(...) Además, el artículo 102(2) del TLCAN dispone que el Tratado debe interpretarse y aplicarse a la luz de sus objetivos manifestados y de acuerdo con las reglas de derecho internacional aplicables. Estos objetivos incluyen de manera específica la transparencia y el aumento sustancial de oportunidades de inversión en los territorios de las Partes. (...)” Párrafo 76: “En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor. (Artículo 102(1) del TLCAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes (...).” Párrafo 88. “La ausencia de una regla clara en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el trámite de las solicitudes de permisos municipales de construcción, se traduce en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN.”

France and Switzerland have followed the Model. It provides as follows:

“Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.”

The Tribunal interprets that formulation as expressly adopting the additive character of the fairness elements. Investors are entitled to those elements, no matter what else their entitlement under international law. A logical corollary to this language is that compliance with the fairness elements must be ascertained free of any threshold that might be applicable to the evaluation of measures under the minimum standard of international law. ”^{43 44}

En sentido contrario, respecto de los casos Metalclad contra el gobierno de México y Pope and Talbot, la Corte Suprema de British Columbia, en Canadá, que conoció de los asuntos como tribunal de segunda instancia, encontró que los paneles arbitrales de esos casos habían excedido su jurisdicción al basar sus conclusiones en obligaciones que provenían de la autonomía del los Estados para suscribir tratados, y no del derecho internacional consuetudinario. De acuerdo con la Corte, el tribunal no sólo interpretó el artículo 1105(1) del NAFTA de una forma demasiado amplia incluyendo la obligación de transparencia, sino que además lo hizo sin referencia a alguna fuente o evidencia en el que se estableciera que el principio de transparencia es un principio que ha llegado a formar parte del derecho internacional consuetudinario. En este sentido, la Suprema Corte enfatizó que el vocablo “derecho internacional” se refería al “derecho internacional consuetudinario”, lo que es distinto del derecho internacional convencional.⁴⁵

Surgido el debate explicado, la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, en uso de las facultades interpretativas que le concede el artículo 2001(2)c⁴⁶ del tratado emitió, en

⁴³ Véase: <http://www.appletonlaw.com/cases/P&T-Merits%20Award-April%202010.%202001.pdf>

⁴⁴ 110. Otra interpretación posible de la presencia de los elementos de imparcialidad en el artículo 1105 es que son adicionales a los requisitos del derecho internacional. Es decir, dan derecho a los inversionistas sometidos al NAFTA al mínimo internacional del derecho más los elementos de la imparcialidad. Es verdad que el lenguaje del artículo 1105 sugiere un sentido distinto, estableciendo que los elementos de la imparcialidad son incluidos dentro de derecho internacional. Pero esa interpretación es nublada por el hecho, en el que todas las Partes acuerdan, de que el lenguaje del artículo 1105 creció más allá de lo previsto en los tratados comerciales bilaterales negociados por los Estados Unidos y otros países industrializados. Como Canadá precisa, estos tratados son una “fuente principal” de las obligaciones generales de estados con respecto a su tratamiento de la inversión extranjera. 111. Estos tratados fueron evolucionando con el correr de los años a su actual forma, la cual está incorporada al tratado bilateral modelo de la inversión de 1987. Canadá, el Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Francia y Suiza han seguido el modelo, el que establece lo siguiente: “la inversión recibirá siempre un tratamiento justo y equitativo, gozará de protección y de seguridad plenas y en ningún caso será se le brindará un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional”. El tribunal considera que dicha formulación expresamente adopta el carácter adicional de los elementos de la imparcialidad. Los inversionistas tienen derecho a esos elementos, sin importar qué otros derechos tengan bajo el derecho internacional. Un corolario lógico a esta interpretación es que la conformidad con los elementos de la imparcialidad se debe comprobar libremente de cualquier límite que pudiera ser aplicable a la evaluación de medidas bajo el estándar del mínimo de derecho internacional.

⁴⁵ Miguel Flores Bernés; Trato a la Inversión Extranjera, p. 14

Julio de 2001, una interpretación que clarificaba lo siguiente:

“El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se ha violado el artículo 1105(1).”

Se aclara de este modo que para las Partes del NAFTA, el nivel mínimo de trato es una referencia al derecho internacional consuetudinario. Con ello se rechaza el enfoque de que la referencia del artículo 1105 a “un trato acorde con el derecho internacional” se refiere a todo el derecho internacional, incluyendo el derecho convencional. La aplicación de las frases “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” se restringe en la medida en que dichos términos sean entendidos como parte del nivel mínimo de trato a los extranjeros concedido por el derecho internacional consuetudinario. Junto a lo anterior, se ordena a los Tribunales abstenerse de aseverar haber encontrado una violación basándose en la opinión subjetiva del propio árbitro respecto de los términos “injusto” o “inequitativo.” Lo anterior no significa, y así lo han aclarado los Estados parte, que el concepto no sea evolutivo, no se ha pretendido en caso alguno, que la normativa sobre esta materia quede congelada en el tiempo; sino que irá variando conforme lo vaya haciendo el derecho internacional consuetudinario.

El CIADI ha recogido esta doctrina en su jurisprudencia, por ejemplo, en el caso *Mondev Internacional LTD contra EEUU*; Mondev, una compañía inmobiliaria canadiense, demandó a la ciudad de Boston por incumplimiento de un contrato para desarrollar un mall en dicha ciudad. Después de haber ganado en el juicio preliminar y perdido en la Corte, se dirigió al CIADI. Este tribunal interpretó el concepto de “trato justo y equitativo” en referencia a su relación con el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, fijándose en el carácter evolutivo del estándar. Así, sin pasar por sobre la interpretación de la Comisión de Libre Comercio, sostuvo:

“no puede dudarse que, interpretando que el artículo 1105(1) prescribe como estándar de tratamiento a los inversionistas de los otros Estados Parte, el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario, el concepto de “derecho internacional consuetudinario” se refiere al derecho internacional consuetudinario no como estaba antes de la entrada en vigencia del Tratado. No está limitado al derecho internacional del siglo 19 o incluso de la primera mitad del 20, aunque las decisiones de esos períodos continúan siendo relevantes. Al sostener que el artículo 1105(1) se refiere al derecho internacional consuetudinario, la interpretación de la Comisión de Libre Comercio incorpora el derecho internacional vigente, cuyo contenido se constituye por las disposiciones de más de 2000 APPI y tratados de amistad y comercio. Esos tratados

⁴⁶ “Article 2001: The Free Trade Commission 2. The Commission shall: (c) resolve disputes that may arise regarding its interpretation or application”.

*proveen amplia y concordantemente “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” a los inversionistas de las Partes.”*⁴⁷

Señala también el tribunal que con su interpretación la Comisión de Libre Comercio entregó a la discrecionalidad de los tribunales la facultad de determinar cuál es el estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario.

En otro fallo, *United Parcel Service of America Inc. Contra Gobierno de Canadá*, el tribunal arbitral especial reconoció el carácter obligatorio de la interpretación de la Comisión de Libre Comercio. Recogió también la afirmación de que la obligación de otorgar trato justo y equitativo no es adicional al estándar mínimo, sino que está incluida en él.

“96. The NAFTA Parties have now submitted to a number of NAFTA tribunals that the “additive” interpretation is not available to the tribunals. By their consistent position they provide, they say, an “authentic” interpretation, in terms of article 31(3) of the Vienna Convention. And in any event the FTC’s Interpretation is binding on chapter 11 tribunals including this one.

97. We do not address the question of the power of the Tribunal to examine the Interpretation of the Free Trade Commission. Rather, we agree in any event with its conclusion that the obligation to accord fair and equitable treatment is not in addition to or beyond the minimum standard. Our reasons in brief are, first, that that reading accords with the ordinary meaning of article 1105. That obligation is “included” within the minimum standard. Secondly, the many bilateral treaties for the protection of investments on which the argument depends vary in their substantive obligations; while they are large in number their coverage is limited; and, as we have already said, in terms of opinio juris there is no indication that they reflect a general sense of obligation. The failure of efforts to establish a multilateral agreement on investment provides further evidence of that lack of a sense of obligation. Thirdly, the very fact that many of the treaties do expressly create a stand-alone obligation of fair and equitable treatment may be seen as giving added force to the ordinary meaning of article 1105(1) and particularly the word “including” (“notamment” and “incluido”).”^{48 49}

El paso de una conceptualización a otra puede apreciarse también en la redacción que ha ido adquiriendo el “APPI modelo” de EEUU; mientras en su versión de 1994 su artículo II(3)a estipulaba:

*“Cada parte deberá en todo momento brindar a las inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, y en ningún caso podrá otorgar un trato menos favorable que el requerido por el derecho internacional.”*⁵⁰;

La versión 2004, así como los TLC recientemente acordados por EEUU prescriben que:

⁴⁷ Mondev Internacional LTD v. United States of America, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, fallo de 11 de Octubre de 2002

⁴⁸ Véase: [http://www.appletonlaw.com/cases/UPS_%20Award%20\(Jurisdiction\)_Nov%2022-%2002.pdf](http://www.appletonlaw.com/cases/UPS_%20Award%20(Jurisdiction)_Nov%2022-%2002.pdf)

⁵⁰ Citado en documento OECD sobre trato justo y equitativo en las leyes sobre inversión extranjera; 2004; traducción libre.

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

Para mayor certeza, el párrafo precedente prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas.

La obligación de otorgar “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo...⁵¹ ”

El nuevo modelo de APPI de Canadá⁵² contiene un lenguaje similar, y vincula el concepto de “trato justo y equitativo” al nivel mínimo:

“El estándar mínimo de trato asegura a las inversiones de los inversionistas, trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas de acuerdo a los principios del derecho internacional consuetudinario. El estándar mínimo provee un piso para asegurar que el trato a una inversión no puede ser menor al generalmente aceptado según el derecho internacional consuetudinario”⁵³

⁴⁹ “96. Las Partes del NAFTA ahora han indicado a un número de tribunales del NAFTA que la interpretación “de carácter adicional” no es sostenible por los tribunales. Por su posición constante proporcionan, dicen, una interpretación “auténtica”, en términos del artículo 31(3) de la convención de Viena. Y a todo evento, la interpretación de la Comisión de Libre Comercio vincula a los tribunales del capítulo 11 incluyendo éste.” “97. No tratamos la cuestión del poder del tribunal de examinar la interpretación de la Comisión de Libre Comercio. Más que eso, convenimos con su conclusión que la obligación de brindar el tratamiento justo y equitativo no es adicional o más allá del estándar del mínimo. Nuestras razones para ello son, primero, que esa lectura acuerda con el significado ordinario del artículo 1105. Esa obligación está “incluida” dentro del estándar del mínimo. En segundo lugar, los muchos tratados bilaterales para la protección de las inversiones de las cuales la discusión depende varían en sus obligaciones substantivas; mientras que son grandes en número su cobertura es limitada; y, como hemos dicho ya, en términos de opinio juris no hay indicación que reflejen un sentido general de obligación. La falta de esfuerzos de establecer un acuerdo multilateral de inversión hace más evidente la carencia de un sentido de obligación. En tercer lugar, el mismo hecho de que muchos de los tratados expresamente crean una obligación independiente del tratamiento justo y equitativo se puede considerar como que refuerzan el significado ordinario del artículo 1105(1) y particularmente de la palabra “incluyendo””

⁵¹ 2004 Model BIT, en http://www.bilaterals.org/IMG/doc/2004_update_US_model_BIT.doc

⁵² Ver texto en http://www.dfait.maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp

⁵³ Traducción libre del autor

Capítulo IV: Conceptualización del estándar en el Derecho Chileno.

Referidos a la relación existente entre el Estado receptor de inversiones y los inversionistas extranjeros que en su territorio desarrollan una actividad económica, los estándares de tratamiento de los inversionistas podría pensarse están presentes en la totalidad de los instrumentos que forman parte del marco regulatorio dentro del cual la actividad referida se desarrolla. Dicho marco regulatorio se compone en Chile tanto de instrumentos de carácter interno como de instrumentos de carácter internacional, teniendo la gran mayoría de ellos la jerarquía de ley, circunscritos, en todo caso, a un ordenamiento constitucional que, si bien obviamente no se refiere expresamente a la situación de los inversionistas extranjeros, establece las reglas básicas sobre las cuales deberá construirse cualquier regla general o particular aplicable a esta materia.

En nuestra Constitución, podemos encontrar varias normas y principios que afectan la relación entre el inversionista extranjero y el Estado, reunidas dentro del catálogo de derechos fundamentales del artículo 19.

Así, bajo el enunciado común de lo que la Constitución asegura a todas las personas, el número 2⁵⁴ establece el derecho a la igualdad ante la ley, aclarando que en

⁵⁴ “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 2º: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.” (Constitución Política de la República)

Chile no hay persona ni grupos privilegiados. Bajo este precepto, el tratamiento otorgado por la ley a un extranjero, no podrá ser distinto al otorgado a un chileno. No obstante lo anterior, y puesto que en la propia definición de persona se establece la división entre chilenos y extranjeros⁵⁵, no sería posible sino entender que, en razón de la nacionalidad, en alguna medida serán distintas las normas aplicables a las personas conforme a la ley chilena. Relacionado con la materia tratada en la presente monografía, podríamos entender incorporado a todo el ordenamiento jurídico nacional, como consecuencia de la garantía precitada, un principio de trato nacional.

La persona, y en este caso el inversionista extranjero gozará, si la privación, perturbación o amenaza respecto del derecho a esta especie de trato nacional fuera derivado de un acto u omisión ilegal o arbitrario, de una primera vía de protección de su derecho, la acción del mismo nombre, en virtud de la cual los tribunales superiores de justicia ordenarán el restablecimiento del derecho y la debida protección del afectado.⁵⁶

Una segunda vía de protección de las garantías establecidas en la Constitución le permitirá al afectado a quien, dentro de un procedimiento judicial, se está aplicando una norma atentatoria de las garantías señaladas, solicitar al pleno de la Corte Suprema la inaplicabilidad del precepto que, para el caso particular, se considere viola sus derechos constitucionales.⁵⁷

Como garantía en materia de emprendimiento privado, el artículo 19, en su número 21⁵⁸, consagra el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando el marco legal que la rija. Al mismo tiempo, garantiza la no competencia del Estado, restringiéndola a

⁵⁵ “Artículo 55: Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídanse en chilenos y extranjeros.” (Código Civil)

⁵⁶ “Art. 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º; 2º; 3º; inciso cuarto, 4º; 5º; 6º; 9º; inciso final, 11º; 12º; 13º; 15º; 16º; en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º; 21º; 22º; 23º; 24º; y 25º; podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. (...)” (Constitución Política de la República)

⁵⁷ “Art. 80. La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.” (Constitución Política de la República)

⁵⁸ “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 21º; El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.” (Constitución Política de la República)

casos en que se apruebe por una ley de quórum calificado y sometiéndola, en todo caso, a la legislación común, de forma tal que no haya factores de orden legal que beneficien al “Estado empresario” en desmedro de los privados.

El número 22, dentro del mismo artículo, le garantiza a todas las personas, dentro de las cuales se incluirá el inversionista extranjero, la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.⁵⁹

También dentro del texto constitucional, podemos encontrar, como parte del catálogo de derechos fundamentales, la garantía del derecho de propiedad y el derecho a adquirir la propiedad, explicitadas en los numerales 23 y 24 del artículo 19⁶⁰; las que otorgarán al inversionista extranjero garantías respecto a su derecho a ser dueño, salvo excepciones calificadas, de toda clase de bienes; y en especial sobre las obligaciones que para con él deberá cumplir el Estado en caso que sea de interés nacional o de utilidad pública el expropiar algún bien que se encuentre bajo su dominio. Tales derechos estarán cautelados, también, por la acción de protección, y podrán servir de argumento para declarar inconstitucionalidad de una norma en un caso concreto.

Las garantías anteriormente señaladas, deberán entenderse de manera armónica con el resto de la Constitución, sobretodo con las disposiciones de los artículos 6º⁶¹, 7º⁶² y 19 nº 26⁶³, que aseguran a toda persona que las actuaciones del Estado y sus órganos se realizarán conforme a la Constitución y a la legislación vigente y sin afectar el contenido de los derechos establecidos por la carta fundamental, evitando así arbitrariedades y restringiendo la discrecionalidad administrativa a los casos expresamente contemplados por la ley.

⁵⁹ “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 22º; La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.” (Constitución Política de la República)

⁶¹ “Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.” (Constitución Política de la República)

⁶² “Artículo 7º. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.” (Constitución Política de la República)

⁶³ “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 26º; 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.” (Constitución Política de la República)

“EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL NAFTA Y REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA EXTERIOR CHILENA”

De todo lo anterior, y sin expresarlo de manera directa o explícita el texto constitucional, podríamos sostener que la carta fundamental asegura al inversionista extranjero un trato no discriminatorio, no arbitrario y sólo restringidamente discrecional, no atentatorio de su derecho de propiedad y con restricciones a la expropiación y con

⁶⁰ “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 23º; La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes; 24º; El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. 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. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recaer o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión. El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas. Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión. Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho. El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número. La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional. Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;

reserva para el sector privado de la iniciativa empresarial.

Sin posibilidad de reunir todas estas características en un solo concepto, podemos entender implícito, en todo caso, una garantía de trato nacional, por cuanto, salvo excepciones legales justificadas⁶⁴, no sería admisible desde un punto de vista constitucional, un tratamiento diferenciado a personas o inversionistas en razón de su nacionalidad.⁶⁵

Sin entrar en detalles, valga decir que la legislación civil recoge el mismo principio, estableciendo, dentro de su esfera de regulación, la igualdad entre chilenos y extranjeros.

66

En materia de inversión extranjera, en todo caso, a nivel interno, la materia está regulada de manera bastante comprensiva por el DL 600, denominado el estatuto de la inversión extranjera. El artículo 9° de este Estatuto establece que la inversión extranjera y las empresas en que ésta participe se sujetarán también al **régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas**, ni directa o indirectamente, con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 11 (acceso al crédito interno)⁶⁷. Especificando el punto, establece que las disposiciones legales o reglamentarias relativas a determinada actividad productiva, se considerarán discriminatorias si llegaren a ser aplicables a la generalidad o la mayor parte de dicha actividad productiva en el país, con exclusión de la inversión extranjera. Igualmente, las

⁶⁴ Por ejemplo, el DL 1939, que regula la adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, establece restricciones a los extranjeros para adquirir tierras cercanas a las fronteras nacionales o dentro de una determinada franja hacia el territorio nacional medida desde la línea de la más alta marea.

⁶⁵ Elementos como la no arbitrariedad y la no discriminación aparecen mencionados, en ciertos instrumentos internacionales, como relacionados directamente con el estándar de tratamiento justo y equitativo.

⁶⁶ “Art. 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.” “Art. 57. La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.” (Código Civil)

⁶⁷ “Art. 9°.- Asimismo, la inversión extranjera y las empresas en que ésta participe se sujetarán también al régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas, ni directa o indirectamente, con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 11. Las disposiciones legales o reglamentarias relativas a determinada actividad productiva, se considerarán discriminatorias si llegaren a ser aplicables a la generalidad o la mayor parte de dicha actividad productiva en el país, con exclusión de la inversión extranjera. Igualmente, las disposiciones legales o reglamentarias que establezcan regímenes excepcionales de carácter sectorial o zonal, se considerarán discriminatorias, si la Inversión extranjera no tuviere acceso a ellas, no obstante cumplir las mismas condiciones y requisitos que para su goce se impone a la inversión nacional. Para los efectos del presente artículo, se entenderá por determinada actividad productiva aquella desarrollada por empresas que tengan igual definición de acuerdo con las clasificaciones internacionalmente aceptadas, y que produzcan bienes ubicados en igual posición arancelaria de acuerdo al Arancel Aduanero de Chile, entendiéndose por igual posición arancelaria aquella que no experimenta una diferencia entre productos de más de una unidad en el último dígito del Arancel.” “Art. 11. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9°, se podrán establecer fundadamente normas aplicables a las inversiones comprendidas en este decreto ley, que limiten su acceso al crédito interno.”

disposiciones legales o reglamentarias que establezcan regímenes excepcionales de carácter sectorial o zonal, se considerarán discriminatorias, si la Inversión extranjera no tuviere acceso a ellas, no obstante cumplir las mismas condiciones y requisitos que para su goce se impone a la inversión nacional. El artículo 10⁶⁸, ampliando la protección, establece a favor del inversionista extranjero, un recurso especial cuyo objetivo es el eliminar disposiciones normativas discriminatorias o, si eso no es posible, que éstas no le sean aplicables.

Siguiendo entonces, los criterios establecidos en la Constitución, el DL 600, instrumento específico que regula la inversión extranjera, establece para los inversionistas el derecho a ser tratados, en cuanto a la aplicación de las leyes o disposiciones administrativas se refiere, de manera equivalente al tratamiento recibido por la inversión nacional. Lo anterior es consecuente con la declaración de principios de la Dirección de Asuntos Económicos de la Cancillería, que en la “guía de las negociaciones comerciales de Chile”, publicada incluso en su página web⁶⁹, señala: *“la protección de las inversiones comprometidas a la luz de un acuerdo, mediante un TLC o un APPI, considera como primer principio el Trato Nacional, es decir, que los capitales extranjeros que ingresan a un país tienen los mismos derechos que las inversiones locales.”* (Si bien hasta el momento no se ha hecho referencia a los APPI’s o los TLC’s, la mención a “acuerdos” en virtud de los cuales pudiera comprometerse una inversión extranjera, pareciera referirse al “contrato ley” del DL 600)

Lo anterior será cierto a todo evento si consideramos la normativa interna nacional, que como se señaló anteriormente, asegura un trato igualitario y no discriminatorio a chilenos y extranjeros. Será menos cierto en vista a los tratados bilaterales de promoción de inversiones, puesto que si bien en la mayoría de ellos se encuentra explícito el estándar de trato nacional, en una pequeña parte de ellos dicho estándar no es considerado⁷⁰. En todos está presente, en cambio, la mención al tratamiento justo y equitativo.⁷¹ De la misma manera, en todos los acuerdos bilaterales sobre inversiones, se otorga a los inversionistas de las partes contratantes un tratamiento no menos favorable

⁶⁸ “Art. 10. Si se dictaren normas jurídicas que los titulares de inversiones extranjeras o las empresas en cuyo capital participe la inversión extranjera estimaren discriminatorias, éstos podrán solicitar se elimine la discriminación, siempre que no haya transcurrido un plazo superior a un año desde la dictación de dichas normas. El Comité de Inversiones Extranjeras, en un plazo no superior a 60 días contados desde la fecha de la presentación de la solicitud, se pronunciará sobre ella, denegándola o adoptando las medidas administrativas que corresponda para eliminar la discriminación o requiriendo a la autoridad pertinente la adopción de éstas, si dichas medidas excedieren las facultades del Comité. En caso de falta de pronunciamiento oportuno del Comité, de una resolución denegatoria, o si no fuese posible eliminar la discriminación administrativamente, los titulares de inversiones extranjeras o las empresas en cuyo capital aquélla participe, podrán recurrir a la justicia ordinaria a fin de que ésta declare si existe o no discriminación, y en caso afirmativo, que corresponde aplicarle la legislación general.”

⁶⁹ www.direcon.cl

⁷⁰ Aquellos APPI’s que no consideran el trato nacional entre sus cláusulas son los suscritos por Chile con Australia, Malasia, China, Rumania y Noruega. Caso aparte constituye el tratado suscrito con la República Checa, que limita el ámbito de protección del estándar de trato nacional a las “inversiones y rendimientos”, excluyendo materias como la administración, mantenimiento, uso usufructo y enajenación de dichas inversiones.

que el otorgado a cualquier tercer país, siempre con las excepciones ligadas al establecimiento de áreas de libre comercio, uniones aduaneras u otro tipo de organización regional.

Como se señaló anteriormente, en la totalidad de los APPI's vigentes en Chile aparece de alguna manera el estándar de tratamiento justo y equitativo, con diferencias en cuanto a los otros estándares con los cuales se combina y con diferencias, también, en la disposición del estándar dentro del texto del tratado, cuestión que pudiera indicar alguna diferencia en cuanto al nivel de exigibilidad respecto del cumplimiento de las normas de trato.

Como se adelantó, el régimen general establecido en los APPI's suscritos por Chile, contempla como estándar de tratamiento a los inversionistas, la suma del trato justo y equitativo con la cláusula de la nación más favorecida. En la mayoría de ellos, además, se contempla el trato nacional.

Una de las diferencias que pueden advertirse del análisis de estos tratados se refiere a la disposición dentro del texto del acuerdo de la cláusula de trato justo y equitativo, así como de las palabras que, acompañándola, podrían indicar la existencia de distintos niveles de exigibilidad, hacia el Estado, de cumplimiento de las obligaciones adquiridas con esta cláusula.

De los 38 APPI's vigentes, 27 de ellos dedican un artículo especial al tratamiento a las inversiones; en los restantes, las menciones al tratamiento justo y equitativo están dentro de los artículos referidos a la promoción y/o protección de las inversiones. Aquellos tratados en que se dedica un artículo especial utilizan las palabras "garantizará" o "deberá garantizar", que podríamos considerar el nivel de mayor exigibilidad, por cuanto la referencia a una garantía parece indicar la posibilidad de obtener, de parte del Estado, una compensación en el caso de recibir el inversionista extranjero un tratamiento distinto al que pueda considerarse justo y equitativo.

El acuerdo entre Chile e Italia, si bien contempla el trato justo y equitativo en el artículo sobre promoción y protección de inversiones, utiliza también la palabra "garantizará", razón por la cual cabría incluirlo dentro del grupo anterior. En un segundo nivel de exigibilidad podríamos catalogar a los APPI's con Ecuador y Dinamarca, en que se establece que los Estados contratantes asegurarán a los inversionistas un tratamiento justo y equitativo. El resto de los acuerdos se limita a sostener que se concederá a los inversionistas un trato justo y equitativo. En algunos pura y simplemente, y en otros agregando que gozarán de protección y/o seguridad plenas en el territorio del Estado en que invierten.

Otro punto a considerar es el de las referencias directas que hacen algunos de estos tratados a normas jurídicas que calificarían el tratamiento justo y equitativo. Así, los acuerdos de promoción y protección de inversiones suscritos por Chile con Francia y Venezuela, señalan que cada Parte Contratante "dará un tratamiento justo y equitativo de conformidad con los principios del Derecho Internacional", o que "garantizará en su

⁷¹ En cuanto a las palabras utilizadas, la excepción la constituye el APPI suscrito por Chile e Italia, que se refiere a "trato justo y ecuaníme".

territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al derecho internacional”, respectivamente, a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante. Tal particularidad, en todo caso, no fue advertida al tiempo de la discusión del Acuerdo con Francia en la Cámara de Diputados y en el Senado, en cuyas actas no aparece mención alguna o comentario sobre el particular.⁷² Por su parte, el acuerdo con España, dice que “cada Parte Contratante garantizará en su territorio de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo”.

En este sentido, mientras los acuerdos con Francia y Venezuela podría considerarse califican el estándar de tratamiento y lo incorporan a las normas de Derecho Internacional, la cláusula del acuerdo con España le fija como límite al contenido del concepto de trato justo y equitativo lo admisible en conformidad a la legislación nacional. Desde el punto de vista de la normativa interna, si se concluyera que, en general, el contenido del estándar de tratamiento justo y equitativo excede los derechos reconocidos al inversionista por el derecho chileno, el APPI de Chile con España no derogaría tácitamente ninguna norma nacional, puesto que está limitado por ellas. En todos los demás casos, puede sostenerse que sí ocurriría. Si bien lo anterior puede parecer al lector que establece una diferencia de relativa importancia, no pareció así a los miembros del Senado, que en 1992, por acuerdo de comités, incluyeron la aprobación del tratado en la tabla de fácil despacho, quedando aprobado en Septiembre de ese año sin discutirse su texto en la Cámara Alta. De manera similar se tramitó en el Senado el APPI entre Chile y el Reino Unido, el cual fue aprobado en 1997 sin discutirse en sala.

Dado que, como se explicó anteriormente, la legislación interna chilena ofrece de todos modos a los inversionistas extranjeros una serie de garantías de tratamiento que podrían hacer incluso prescindir de los tratados bajo los que se amparan (excepto por el mecanismo de solución de controversias, que sólo se incorpora en los tratados), los problemas que podría ofrecer la vaguedad del concepto tendrán su origen, probablemente en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Si bien no existe en Derecho Internacional un deber de reciprocidad en virtud del cual un país se vea forzado a equiparar a los inversionistas de otro Estado al tratamiento, superior al establecido en un tratado, que ese otro Estado le brinda a sus inversionistas en su territorio, debe considerarse también que las obligaciones que adquieren las Partes de un tratado al suscribirlo deberían ser equivalentes, y no depender en su contenido, del arbitrio de cada una de los Estados. Si podrá afectar directamente, en cambio, cuando con posterioridad a la suscripción de un tratado con una cláusula de tratamiento justo y equitativo restrictiva, uno de los Estados partes suscribe con un tercer Estado un tratado que contenga un cláusula de tratamiento justo y equitativo amplia o comprensiva, la cual podría hacerse aplicable, por la vía de la cláusula de la nación más favorecida, a los inversionistas del Estado con que se suscribió el primer tratado, aun cuando en ese Estado se siga tratando a los inversionistas del Estado que suscribió los dos tratados, en base a la cláusula restrictiva.

La estrategia de apertura nacional de Chile, que tuvo como producto la celebración de los mencionados APPI's fue reorientada en los últimos años hacia la búsqueda de

⁷² Cámara de Diputados, sesión 16º, 5/11/1992; Diario de sesiones del Senado 17, 15/12/1992.

acuerdos más completos que los de promoción y protección de inversiones, que contemplen una reducción arancelaria progresiva que termine en la supresión total de cargas tributarias a las vinculaciones económico-jurídicas entre los Estados Partes y entre nacionales de dichos Estados. Dado que tal estrategia sólo ha conocido éxito en los últimos años, la cantidad de TLC's firmados por Chile es muchísimo menor que la de APPI's, concentrándose la mayoría de ellos en los países que forman el NAFTA⁷³. Esto último, como veremos, tiene la importancia de que la evolución en la concepción del estándar en Norteamérica ha ido repercutiendo en los tratados suscritos por Chile.

Puesto que una de las vías principales de integración económica entre Estados es y seguirá siendo la inversión extranjera directa, la mayoría de los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile contienen normas sobre tratamiento a los inversionistas extranjeros, en prácticamente los mismos términos en que lo hacen los APPI's.

El primero de estos tratados fue celebrado en 1997 con Canadá, país que a la fecha ya estaba asociado a México y Estados Unidos mediante el NAFTA. Para su redacción, como señaló el canciller Insulza al Senado, *“se utilizó como base el texto del NAFTA”*.⁷⁴ Así, en su versión en español, el artículo G-05 establece que *“1. Cada Parte otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”*

Tal redacción se diferencia de la utilizada en los APPI's y tratados vigentes a esa fecha, estableciendo el estándar de tratamiento justo y equitativo como parte del contenido del derecho internacional. Esta tipificación, como se señaló al explicar la discusión llevada adelante en la esfera del NAFTA, podría ser más complicada incluso que varias de las citadas, puesto que, aun cuando se considerara el tratamiento justo y equitativo como equivalente del estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario, el hacerlo parte del contenido del “trato acorde con el derecho internacional” implicaría que este último comprende un espectro mayor que el estándar mínimo, y que es a ese estándar superior al que se obligan los Estados Parte.

Respecto al tema de la inversión, el Ministro de Hacienda de la época, Eduardo Aninat, señaló en su exposición frente al Senado: *“Chile está preparado para asumir compromisos más profundos en materia de trato a la inversión extranjera y, más aún, requiere conseguir estándares de protección a las inversiones de capitales chilenos en el exterior”*.⁷⁵

En 1999 fue suscrito el Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos Mexicanos, el que en su artículo 9-06 utiliza una redacción idéntica a la anterior para establecer el nivel mínimo de trato. Esta vez, el informe de la comisión de Relaciones Exteriores del Senado, al referirse al trato a los inversionistas, señaló que mediante el

⁷³ Durante algunos años, los esfuerzos del Ministerio de Relaciones Exteriores estuvieron dirigidos a la suscripción de un acuerdo de asociación al NAFTA en cuanto organismo regional, sin embargo la demora en tales gestiones permitió que negociaciones paralelas permitieran llegar, por separado, a acuerdos con cada uno de los países de dicha agrupación.

⁷⁴ Informe del Ministro de Relaciones Exteriores al Senado; Diario de Sesiones del Senado, 10º, 1/07/97.

⁷⁵ Informe del Ministro de Hacienda al Senado; Diario de Sesiones del Senado, 10º, 1/07/97.

tratado se mejoraba el sistema jurídico general que se aplicaba hasta ese momento a las inversiones de personas de un Estado Parte en el otro, sin embargo justificaba tal aseveración en la existencia de beneficios y garantías de trato no discriminatorio, omitiendo cualquier referencia al estándar de trato justo y equitativo.⁷⁶ La comisión homóloga de la Cámara de Diputados, haciendo referencia al Mensaje del Proyecto, se refería también al mejoramiento del régimen jurídico a los inversionistas de los Estados Partes, pero sin mencionar tampoco la obligación que adquiriría el Estado respecto al tratamiento a los inversionistas.

Uno de los últimos TLC's celebrados por Chile fue el suscrito en 2003 con los Estados Unidos de América, el que marca un cambio en la historia del estándar de tratamiento justo y equitativo en nuestro país, asumiendo la redacción a la que se llegó en el APPI modelo de EEUU después de la declaración interpretativa sobre la materia emitida por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA en 2001. Así, el Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos establece en su Artículo 10.4: *“1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.*

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas.

Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales.

La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.”

Corrigiendo las omisiones anteriores, en la discusión del Tratado de Libre Comercio con EEUU, el problema planteado por el estándar de tratamiento a los inversionistas si fue abordado. Tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como la Comisión Especial que estudió en el congreso la aprobación de este tratado, consideraron en sus planteamientos la historia reciente ocurrida en el ámbito del NAFTA, adhiriendo a las posiciones tomadas por los Estados y que fueron manifestadas en la declaración de 2001. La canciller de la época, en su exposición al Senado, explicó a la sala que en materia de tratamiento a las inversiones no se incluían mayores modificaciones respecto a los Tratados suscritos con otros Estados. Advierte que *“las pocas diferencias que hay tienen que ver con la necesidad de aclarar las disciplinas existentes, corrigiendo, en primer lugar, cualquier interpretación sobre el menoscabo de las facultades regulatorias gubernamentales, y, en segundo término, desincentivando las demandas frívolas en los*

⁷⁶ Diario de Sesiones del Senado, 5º, 15/06/99.

procedimientos de solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor. En el acuerdo en análisis hemos corregido los aspectos del NAFTA que en materia de inversión han estado en el centro de la polémica. En muchas de las discusiones de nos dijo: “Es que el NAFTA generó dificultades en este tema”. Pues bien, hemos enmendado lo que en su momento acordó.

El nivel mínimo de trato se ha normado, evitándose interpretaciones excesivas que puedan limitar el accionar de las políticas públicas...⁷⁷ ”

En el mismo sentido, la Comisión Especial encargada de analizar la aprobación del TLC en el Congreso, elaboró un informe que se encuentra agregado a las actas de sesiones, y que, respecto de la materia, señala:

“El capítulo sobre inversiones pretende fomentar el ingreso de capitales a través de disposiciones que otorguen estabilidad y seguridad a los inversionistas y aseguren un trato no discriminatorio en relación con la inversión nacional o la inversión de terceros países.

Este tratado no contiene modificaciones sustanciales a las normas nacionales vigentes en materia de inversiones, ya que básicamente se consolidaron las obligaciones negociadas anteriormente por Chile con Canadá y con México, garantizándose el acceso y la protección de las inversiones a través de disciplinas de trato nacional, nación más favorecida, prohibición de requisitos de desempeño, y de exigir nacionalidad para altos ejecutivos de una empresa.

Sin embargo, se reconoce la existencia de ciertas excepciones a tales compromisos, pudiendo cada país conservar determinadas medidas que resulten disconformes frente a las disposiciones acordadas y que hayan estado vigentes a la fecha de entrada en vigor del Tratado (...)

En términos generales, Chile mantuvo la misma apertura que negoció con Canadá y con México, recibiendo como contrapartida el mismo trato concedido por Estados Unidos en el NAFTA.

Estados Unidos reconoció las normas voluntarias en materia de inversión extranjera establecidas en el Estatuto de Inversión Extranjera de Chile, contenido en el decreto ley Nº 600 de 1974. Se estableció la facultad del Comité de Inversiones Extranjeras de decidir de manera no discriminatoria si autoriza la suscripción de un contrato de esta clase y sus condiciones, las que incluyen la exigencia de una determinada relación mínima entre deuda y capital y la restricción de un año para la repatriación del capital.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 describe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquel exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en

⁷⁷ Exposición de la Ministra de Relaciones Exteriores al Senado, sesión 5º, 21/10/03.

procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

b) (...)

Como en la mayoría de los acuerdos bilaterales de inversión se establece el trato mínimo, este normalmente se consagra con un lenguaje ambiguo, pero como se señaló arriba en el caso del TLC entre Chile y Estados Unidos se ha precisado para enmarcarlo en lo que se denomina como “acorde con el derecho consuetudinario”.

El alcance de esta precisión aún no está claro, en el anexo 10-A del Acuerdo se define lo que “resulta en una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al artículo 10.4, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.”

Si esta precisión es suficiente para acotar las demandas en esta materia está por verse. En cualquier caso la interpretación de trato mínimo ha sido fundamental y un derecho sistemáticamente relevado en las demandas al amparo del capítulo 11 del NAFTA.

Explicando a continuación el problema y desenlace del caso Metalclad vs México, el informe de la Comisión concluye dejando establecida la pregunta sobre si *“los Estados pueden responsabilizarse de que los inversionistas extranjeros sean mal asesorados o, peor aún, que los Estados pongan su legislación –con las debilidades y vacíos que cuenta en países en desarrollo- a disposición para que un tribunal externo, con expertise esencialmente en el ámbito comercial, la interprete.”*⁷⁸

Tal como en la órbita del NAFTA, en todo caso, el real efecto que puede tener la conceptualización local del estándar, sólo puede conocerse en función de la aceptación que vaya teniendo por tribunales encargados de juzgar sobre el asunto. Respecto de Chile, la cantidad de casos relativos a inversiones que se han ventilado ante tribunales internacionales es reducida, llegando a un caso único cuando lo que se busca es un pronunciamiento sobre los alcances del estándar de tratamiento a los inversionistas extranjeros.

El caso MTD vs. El Estado de Chile, que guarda en cierto sentido estrecha relación con el caso Metalclad, fue fallado en 2004 por el CIADI, tribunal que condenó al Estado de Chile a pagar a los demandantes, un grupo de inversionistas Malayos, una suma superior a 5 Millones de dólares.

El caso decía relación con un proyecto inmobiliario de entre 300 y 600 hectáreas de superficie, que pretendía transformar el lugar en una ciudad satélite que contara no sólo con construcciones habitacionales, sino también instalaciones comerciales, educacionales y recreativa, en el llamado fundo El Principal de Pirque, ubicado en la zona suroriente de Santiago, dentro de la región Metropolitana. Con el fin de realizar el proyecto, y siguiendo el procedimiento establecido para la internación de capitales para inversiones productivas, los inversionistas presentaron ante el Comité de Inversión

⁷⁸ Actas de discusión del TLC en el Congreso; *Diario de sesiones del Senado*, 5º, 21/10/03.

Extranjera, órgano dependiente del Ministerio de Economía, una solicitud de inversión extranjera en la que se detallaba de manera precisa el tenor del proyecto, así como su emplazamiento. Siguiendo una tramitación normal, el mencionado comité aprobó la solicitud, autorizando la internación de los fondos y otorgándole, por efecto de las disposiciones establecidas en el DL 600 sobre inversión extranjera, garantías de protección sobre la inversión y ciertos beneficios comprendidos en dicho cuerpo legal. La demanda entablada ante el CIADI por los inversionistas, sostiene la existencia de una violación a las disposiciones del APPI entre los países de Chile y Malasia, la que se habría producido mediante la negativa de las autoridades ambientales y de urbanismo a autorizar una modificación al instrumento de planificación urbanística y territorial de la región Metropolitana, el cual clasificaba la zona de Pirque, en que se pretendía levantar el proyecto, como suelo agrícola no apto para desarrollos inmobiliarios de las características del pretendido. Esta negativa fue comunicada al grupo malayo años después del inicio de sus actividades y el ingreso de capitales al país, período en el cual habían tenido la oportunidad de reunirse con diferentes personalidades de la Administración Pública, las cuales se habían mostrado favorables a la realización del proyecto, siendo éste destacado incluso en actos públicos como una muestra de los beneficios que la integración económica y las políticas chilenas en materia internacional le estaban reportando al país.

Según los inversionistas malayos en su presentación al CIADI, el Estado de Chile, entre otras cosas, habría violado sus obligaciones de dar trato justo y equitativo a los inversionistas impuestas por los APPI's de Chile con Croacia y Dinamarca, las cuales se hacían aplicables al caso por ser más favorables que las establecidas en el Acuerdo suscrito anteriormente con Malasia.

A esto añadían que Chile habría incumplido su obligación al haber creado sólidas expectativas para los inversionistas sobre las posibilidades de obtener sus objetivos en el proyecto, lo cual se reafirmaba por la firma por parte del Comité de Inversión Extranjera de un contrato ley en que se autorizaba a los inversionistas a ingresar capitales para realizar el proyecto, ofreciéndoseles garantías de ser resguardados en sus derechos. Sostuvieron, además, que Chile había actuado de manera doble, puesto que mientras alentaba el proyecto, ya había tomado una decisión de no modificar el plano regulador, actuación que para los demandantes constituía mala fe.

En su fallo el tribunal acogió en parte lo sostenido por la parte demandante, considerando que Chile trató de manera injusta e inequitativa a los demandantes al autorizar una inversión que no podía prosperar por razones de su política urbanística. Reconoció, al mismo tiempo, que la autorización para invertir no avalaba el proyecto en sí, sino que era el primer paso para obtener una serie de autorizaciones de las agencias gubernamentales relacionadas. Se reconoció también la facultad del gobierno de hacer respetar sus regulaciones y a requerir las autorizaciones y permisos que por ley está obligado a exigir. En este sentido, el CIADI señaló que Chile no había violado el APPI por incumplir con el contrato celebrado por el Comité de Inversión Extranjera.

En el fondo del asunto, el tribunal consideró inaceptable que la inversión se aprobara para un lugar determinado cuando la misma era contraria a las políticas del Gobierno. Aun aceptando el carácter limitado de la autorización para invertir y el contrato celebrado

por el Comité, en cuanto pueden ser requeridas otras autorizaciones antes de aprobar definitivamente un proyecto, al menos debería considerarse indicar en dichos contratos que desde el punto del vista del gobierno, el proyecto no está en contra de sus políticas.

Respecto al punto sobre la interpretación del concepto de trato justo y equitativo, debe considerarse que entre las partes no existía una concepción diferente respecto del significado de éste; ambas estaban de acuerdo en que la determinación del cumplimiento o incumplimiento del estándar debía evaluarse en relación al caso concreto. Según el tribunal, las partes concordaban con la definición de Schwebel, que señala que *“trato justo y equitativo es un estándar ampliamente aceptado que abarca estándares fundamentales tales como la buena fe, el debido proceso, el trato no discriminatorio, y la proporcionalidad.”*⁷⁹

Uno de los puntos debatidos en relación con la determinación sobre si se había otorgado un trato justo y equitativo, dijo relación con la discusión explicada anteriormente sobre si el estándar de tratamiento justo y equitativo era parte del derecho internacional consuetudinario o constituía un nivel adicional de tratamiento. Si bien el Estado de Chile no sostuvo que trato justo y equitativo debiera interpretarse conforme a la declaración de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, destacó dentro de sus argumentaciones las consecuencias que la interpretación extensiva había tenido en la esfera de dicha organización.

En respuesta a ello, el Tribunal hizo notar la ausencia de referencias al Derecho Internacional Consuetudinario, en relación al trato justo y equitativo, en los APPI sobre los que se fundaba la reclamación de la parte demandante; y señaló que: *“This being a Tribunal established under the BIT, it is obliged to apply the provisions of the BIT and interpret them in accordance with the norms of interpretation established by the Vienna Convention on the Law of the Treaties, which is binding on the State parties to the BIT. Article 31(1) of the Vienna Convention requires that a treaty be “interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.*⁸⁰

Rigiéndose, entonces para su interpretación en los principios de la Convención de Viena, el tribunal señaló que, en su sentido ordinario, los términos “justo” y “equitativo” utilizados en el APPI significan “equivalente”, “imparcial”, “legítimo”. En relación al propósito y objetivo del APPI, el Tribunal hace mención a su preámbulo, en el que las partes manifiestan su deseo de crear condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de las Partes Contratantes en el territorio del otro Estado Parte, y el reconocimiento de la necesidad de proteger las inversiones de inversionistas de ambos Estados Parte y estimular el flujo de inversiones e iniciativas individuales en mira a la

⁷⁹ Caso CIADI No. ARB/01/7, Párrafo 109.

⁸⁰ “112. Al ser éste un tribunal establecido bajo un APPI, está obligado a aplicar las provisiones del APPI e interpretarlas de acuerdo con las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la que es vinculante para los Estados parte de éste APPI. El artículo 31(1) de la Convención de Viena requieren que un tratado “sea interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se dará a los términos del tratado en su contexto y en la luz de su objeto y propósito.”

prosperidad económica de ambos Estados Parte. Así, en términos del APPI, trato justo y equitativo debe ser entendido, según la interpretación del Tribunal como un tratamiento que, de una manera equilibrada y adecuada conduzca a fomentar la promoción de la inversión extranjera. Sus términos están enmarcados en una “declaración proactiva”, con el propósito de “promover”, “crear”, “estimular”, más que indicar una conducta pasiva del Estado o evitar el prejuzgamiento a los inversionistas.⁸¹

Con esto, y ante la necesidad de determinar una definición para el concepto de justo y equitativo que se estaba aplicando, el panel de árbitros tomó la definición dada por el tribunal CIADI en el caso TECMED con MÉXICO, que decía:

“que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación.”^{82 83}

El tribunal culmina sus consideraciones sobre el punto señalando que es ése estándar, el que aplicará a los hechos de esta causa, y que, por lo tanto, no se considera

⁸¹ “113. In their ordinary meaning, the terms “fair” and “equitable” used in Article 3(1) of the BIT mean “just”, “even-handed”, “unbiased”, “legitimate”. These terms are also used in Article 2(2) of the BIT entitled “Promotion and Protection of Investments”. As regards the object and purpose of the BIT, the Tribunal refers to its Preamble where the parties state their desire “to create favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party”, and the recognition of “the need to protect investments by investors of both Contracting Parties and to stimulate the flow of investments and individual business initiative with a view to the economic prosperity of both Contracting Parties”. Hence, in terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement –“to promote”, “to create”, “to stimulate”- rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.”

⁸³ Técnicas Medioambientales v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, fallo de 29 de Mayo de 2003

obligado de ninguna manera a seguir la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, puesto que nada tenía que ver con el APPI suscrito entre las partes ni con aquellos que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, se habían hecho aplicables a la relación entre el Estado de Chile y los inversionistas malayos.

Como se señaló anteriormente en este capítulo el real efecto que puede tener una conceptualización local del estándar, sólo puede conocerse en función de la aceptación que vaya teniendo por tribunales encargados de juzgar sobre los asuntos en que se discuta sobre el punto. El caso MTD contra el Estado de Chile muestra una disociación entre la evolución seguida por el concepto en las esferas políticas que en la jurisdiccional. Mientras sin dar mayor razones los representantes del gobierno fueron tomando como propios los problemas que la ambigüedad del concepto había tenido en la órbita del NAFTA, el tribunal del CIADI, que según se señaló anteriormente, consideró obligatoria la interpretación de la Comisión de Libre Comercio en un caso surgido entre partes del NAFTA, determinó que tal interpretación no tenía relación con el asunto ventilado entre el Estado de Chile y los inversionistas malayos.

Lo anterior presenta consecuencias que van más allá de el o los casos del tipo del de MTD, ya que la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA estaría recibiendo una aplicación restringida que ni siquiera afectará necesariamente a los inversionistas provenientes de esos países que hagan negocios en el extranjero. Esto, puesto que una declaración como la señalada, proveniente de un grupo determinado de países, no podrá considerarse afecta a otros que no la suscribieron. Y en sentido contrario, no podrá sostenerse tampoco, que a un inversionista extranjero que reclame porque a sus inversiones en países del NAFTA no se ha brindado un tratamiento justo y equitativo, los Estados podrían oponerle la interpretación de la comisión si es que esa inversión está protegida por un tratado bilateral entre uno de los países del NAFTA y el país de origen del inversionista en que la definición del concepto de trato justo y equitativo se hizo conforme a los términos utilizados hasta antes del 2001.

El asunto puede complicarse aún más si consideramos la inclusión, en la gran mayoría de los tratados sobre inversiones, de cláusulas de la nación más favorecida. Éstas cláusulas, operando a favor de los inversionistas privados en territorio extranjero, podrían poner en entre dicho las restricciones que los países del NAFTA han intentado

⁸² “114. Faced with a similar task, the tribunal in *TECMED* described the concept of fair and equitable treatment as follows: “[...] to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the state that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the state to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.”

imponer a sus relaciones de inversión extranjera en los últimos años (aunque, como se dijo anteriormente, no existe un deber de reciprocidad en virtud del cual la cláusula pueda operar en contra de los Estados del NAFTA). En el caso de Chile, por ejemplo, probablemente entrarán en vigencia en los próximos años Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones que ya han sido ratificados por el Congreso y que sólo falta promulgar y publicar. Tratados como los APPI suscritos con Islandia y Hungría, redactados utilizando una fórmula amplia en lo que a trato justo y equitativo se refiere, podrían, una vez que entraran en vigencia, ser utilizados por inversionistas de EEUU en Chile para sostener que la definición restringida incorporada en el capítulo de inversión del TLC de 2004, ha quedado abolida al otorgarse a los inversionistas de otros países, como Hungría e Islandia, un trato más favorable, consistente en una obligación de trato, no idéntica al estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario, que Chile debería otorgar a los inversionistas extranjeros.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta memoria se ha pretendido mostrar de forma somera el camino dudoso por el que ha transitado la concepción que podemos dar en Chile al estándar de tratamiento justo y equitativo.

La rápida incorporación del país a la institucionalidad internacional, así como su política abierta al comercio con otros países ha llevado a los sucesivos gobiernos a descuidar la concordancia entre las obligaciones adoptadas con cada uno de los países con los que se han celebrado tratados. Dado que ésta expansión, por la condición de país pequeño y en desarrollo, ha debido desarrollarse al alero de potencias mundiales, el involucramiento político de Chile se ha visto también marcado por lo ocurrido con esos países.

Probablemente es por eso que, sin haber ningún antecedente directo que lo recomendara, la posición de las autoridades de gobierno fue cambiando con el tiempo y adhiriendo de manera casi absoluta al devenir que un tema como la conceptualización del estándar de tratamiento justo y equitativo había tenido para EEUU, y en general para los países del NAFTA.

La evolución ocurrida en esos países llegó, después de verse los Estados parte obligados a estándares de tratamiento superiores a aquellos que al celebrar el tratado estaban dispuestos a asumir, a una situación en que la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, organismo con facultades interpretativas respecto del tratado, estableciera una interpretación oficial, restrictiva, del concepto de trato justo y equitativo, la cual fue finalmente aceptada como obligatoria por los tribunales llamados a conocer sobre

conflictos de inversión.

La gran libertad que dio al gobierno un Congreso unánimemente de acuerdo con la suscripción de tratados de inversión, provocó que el concepto fuera apareciendo en uno y otro acuerdo sin dársele mayor análisis, ni al repetirse su inclusión, ni al cambiarse la redacción en un Tratado de suma importancia para el país como el TLC con EEUU, instrumento en el que se adoptó, no sólo porque era condición de la contraparte, sino que defendiendo ante el Congreso su conveniencia, una posición nada concordante con la sostenida hasta ese momento, y con la que de pasaba a una concepción idéntica a la que se había llegado en el NAFTA, pero sin pasar por ninguno de los pasos por los que se pasó en la esfera de dicha organización.

Lo anterior no ha traído hasta la fecha mayores consecuencias, principalmente por la falta de conflictos entre el Estado y los inversionistas extranjeros, sin embargo el intento por salir de una ambigüedad ha llevado la posición de Chile frente al tema a una tal vez aún más ambigua, ya que se desconocen los efectos que un estándar con distintas definiciones según el país con que se ha celebrado un tratado podría traer eventualmente a nivel de las responsabilidades que el Estado deba asumir. Esa interpretación, por demás, salvo el caso específico entre los Estados e inversionistas de Chile y EEUU, no tendrá prácticamente ninguna aplicación e incluso eventualmente, para los inversionistas norteamericanos en Chile, será también una disposición ociosa ya que quedará pronto abolida por ser menos favorable que las incluidas en tratados que deberían entrar en vigencia en el tiempo venidero.

En el único caso en que ha estado involucrado Chile en que un tribunal especializado ha emitido un fallo aludiendo a la conceptualización del estándar de tratamiento justo y equitativo, ha quedado claro, incluso por la abstención del Estado de Chile a reclamar directamente la aplicación de la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, que el desarrollo futuro de esta concepción, a nivel jurisprudencial, dependerá de los hechos que se conozcan en cada caso y de la aplicación que haga el Tribunal de las regulaciones aplicables al caso, que no podrán ser más que las normativas locales y los tratados suscritos específicamente entre los Estados parte, además de aquellas que se incorporen por la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, dejando fuera la eventual influencia que podría tener, en la costumbre internacional, y en la percepción de árbitros que se desenvuelven en conflictos tanto con países del NAFTA como de otras partes del mundo, la opinión soberana de EEUU, Canadá y México, países que han pretendido poner un límite a la evolución jurisprudencial de la concepción del estándar de tratamiento justo y equitativo.

El problema, si la voluntad del Estado de Chile es tender a una interpretación restrictiva, prácticamente no tiene solución, ya que debería repetirse el esfuerzo desplegado para llegar a la suscripción de los tratados actualmente vigentes o suscritos, a fin de modificar cláusulas de mucha importancia dentro del contenido de estos tratados. No obstante, la situación actual impone al Estado la obligación futura de uniformar su criterio en esta materia, además de conducir sus políticas de tratamiento a los inversionistas extranjeros, y en la práctica las relaciones con los mismos, empleando el nivel máximo de cuidado, de modo tal de estar cumpliendo aun con la más comprensiva definición de justo y equitativo.

En todo caso, ante la pregunta de qué debe entenderse en Chile por trato justo y equitativo, de lo expuesto en esta memoria debería concluirse que la respuesta incorporará dentro de los elementos que se consideren contenido del estándar, el mínimo tratamiento establecido en el derecho internacional consuetudinario, pero que no se detendrá ahí, sino que incorporará también principios venidos del derecho internacional convencional, y todo cuanto quepa en la concepción más amplia que pueda desprenderse de los tratados de inversión suscritos con Chile la que, de venir de un instrumento suscrito y entrado en vigencia en tiempo reciente, será incorporada a la gran mayoría de los tratados anteriores por la vía de la cláusula de la nación más favorecida.

Chile no podrá oponer por tanto, a ningún inversionista extranjero, una definición restringida del estándar si es que no proviene estrictamente de la normativa nacional e internacional aplicable al caso específico, desentendiéndose de la evolución que haya sufrido el concepto en el NAFTA, por cuanto la asunción de un concepto amplio pareciera ser irreversible respecto de los inversionistas de todos los países con los que Chile ya ha celebrados APPI's, que son bastantes.

BIBLIOGRAFÍA

Derecho Constitucional

Bertelsen Repetto, Raúl. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno.

Nogueira Alcalá, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno.

Derecho Civil

Alessandri Rodríguez, Arturo; Derecho civil: parte preliminar y parte general

Abeliuk Manasevich, René, Las Obligaciones; Editorial Jurídica, 1993.

López Santa María, Jorge, Los Contratos; Editorial Jurídica, 1986.

Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H; Tratado de las

obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases, Editorial Jurídica, 2001.

Luis Gonzalo Olcay Montti; La interpretación objetiva de la ley y el principio de la seguridad jurídica; Memoria Universidad de Chile, 2002.

Derecho Internacional

Roberto Mayorga, Joaquín Morales, Rodrigo Polanco; Inversión Extranjera. Régimen Jurídico y Solución de Controversias. Aspectos Nacionales e Internacionales; Editorial Lexis-Nexis, 2004.

Mario Ramírez Necochea; Curso de derecho internacional privado chileno.

Diego Guzmán Latorre; Tratado de derecho internacional privado, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Maluenda Parraguez, Rodrigo Esteban. Contratos internacionales en el derecho chileno.

Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns; La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los tratados; en Revista Internacional de Arbitraje, Editorial Legis, 2004.

Allard Soto, Felipe. Estudio comparativo de los procedimientos de solución de controversias establecidos en los tratados de libre comercio suscritos por Chile.

Gary B. Born; International Civil Litigation in United States Courts; Editorial Kluwer Law Internacional, 1996.

Artículos y ponencias

Santiago Benadava Cattán; Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos; artículo publicado en Nuevos Enfoques del Derecho Internacional, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

Roberto Mayorga Lorca; Protección a la Inversión Chilena en el Extranjero; artículo publicado en sitio web del Colegio de Abogados de Chile.

Javier Díez-Hochleitner y Cristina Izquierdo; Las Inversiones A Través De Sociedades Locales En Los Aprris Celebrados Por España Con Países De Latinoamérica; artículo publicado en Revista Electrónica De Estudios Internacionales (2003), www.reei.org

Mariana Herz; Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los Albores del Nuevo Milenio: de los Tratados Bilaterales, Mercosur Mediante, al ALCA y La OMC; artículo publicado en Revista Electrónica De Estudios Internacionales

(2003), www.reei.org

Roberto Mayorga Lorca; CIADI Un instrumento para inversionistas Internacionales; artículo publicado en sitio web del Colegio de Abogados de Chile, www.abogados.cl

Catherine Yannaca-Small; FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW; Organisation for Economic Co-operation and Development, WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT, Número 2004/3

UNCTAD Series on issues in international investment agreements; FAIR AND EQUITABLE TREATMENT, 1999.

UNCTAD Series on issues in international investment agreements; MOST FAVOURED NATION TREATMENT

UNCTAD Series on issues in international investment agreements; ADMISSION AND ESTABLISHMENT

Gabriela Álvarez Ávila; Las características del arbitraje del CIADI; Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen 11, 2002, pp., 205 - 229.

Gabriela Lobet Iglesias; El tratamiento de la inversión en los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones y en los acuerdos comerciales, Exposición en Ciclo de Conferencias sobre temas de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, 1999.

Mauricio Rodas; Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile; CEPAL - SERIE Medio ambiente y desarrollo, 2003

Jorge Witker; Aspectos regulatorio-institucionales de la inversión extranjera directa; en Regulación de flujos financieros internacionales, serie doctrina jurídica n034 UNAM, 2000, pp. 75 - 122.

Marta Bengoa Calvo y Blanca Sánchez-Robles Rute; Inversión Directa Extranjera en Latinoamérica: Impacto Sobre Crecimiento Económico; conferencia en III Encuentro De Economía Aplicada. Departamento De Economía Aplicada Universidad De Valencia, Junio de 2000.

Felipe Lopeandía Wielandt; Informe Marco Jurídico Nacional e Internacional sobre Inversión Extranjera Directa en Chile; CEPAL - SERIE Desarrollo productivo, 2001.

Howard Mann y Konrad von Moltke; La protección de los derechos de los inversionistas y del bienestar público: Evaluación del Capítulo XI del TLCAN; Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable, www.iisd.org .

David Schneiderman; Globalisation, Governance, and Investment Rules, en conferencias "New Governance in a Globalized World: A Critical Evaluation of Soft Law and Non-State Norms and Regulation", Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, 2005.

Páginas Web

Revista Electrónica de Estudios Internacionales: www.reei.org

Colegio de Abogados de Chile: www.abogados.cl

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: www.unctad.org

Comisión de las Naciones Unidas para un Derecho Mercantil Internacional:
www.uncitral.org

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Internacional: www.oecd.org

Biblioteca de Derecho Internacional:

<http://www2.spfo.unibo.it/spolfo/LIBRARY.htm>

Biblioteca Jurídica UNAM: www.bibliojuridica.org

Dirección de Relaciones Económicas Internacionales: www.direcon.cl

Biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

Banco Mundial (CIADI): www.bancomundial.org