



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO EN CONTROVERSIAS CONTRA EL ESTADO DE CHILE ANTE EL CIADI

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

MARIELA CAROLINA VALENZUELA CABEZAS
PROFESOR GUÍA: JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA

SANTIAGO, CHILE

2024.

AGRADECIMIENTOS

A mis amigas por apoyarme durante toda esta instancia. En especial, durante los momentos más difíciles.

A mi familia que, a la distancia, no dejó de motivarme para seguir adelante, independiente de las adversidades.

Al profesor Jaime Gallegos por su compromiso de querer liderar esta memoria en primera instancia. Y su diligencia y honestidad a la hora de corregir numerables veces los distintos capítulos que le enviaba, en segunda instancia.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: INVERSIÓN EXTRANJERA.	10
1. Concepto jurídico y económico.	10
1.1. Concepto jurídico.	10
1.2. Concepto económico.	13
1.3. Recapitulación preliminar.	15
2. Tipos de inversión.	16
2.1. Inversión extranjera directa.....	16
2.2. Inversión extranjera indirecta.	17
3. Inversión extranjera en Chile.	18
3.1. Antes y después de la Constitución de 1980.....	18
3.2. Tratados internacionales que versan sobre materias de inversión firmados por Chile.....	23
3.2.1. Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI).	24
3.2.2. Tratados de Libre Comercio (TLC).	26
4. Comparación con países de América del Sur en materia de inversión.	26
4.1. Variables que han permitido a Chile ser líder en la recepción de Inversión Extranjera Directa en la región.	27
4.1.1. Variables macroeconómicas.....	28
4.1.2. Variables especiales relacionadas a la inversión extranjera.	32
4.2. Estadísticas de Chile en materia de Inversión Extranjera.....	36
5. Recapitulación preliminar.	37
CAPÍTULO II: MARCO CONSTITUCIONAL: PROTECCIÓN Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980 PARA LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.	39
1. La Constitución Política de la República de 1980: Una Constitución con un marcado sesgo económico.	39
2. Protección y garantías de los inversionistas extranjeros en la Constitución.	44
2.1. Reconocimiento de los cuerpos intermedios.....	45
2.2. Igualdad ante la ley.	45
2.3. Libertad de asociación.....	47
2.4. Libertad económica y limitación del Estado empresario.	48

2.5. No discriminación arbitraria en materia económica.....	50
2.6. Derecho a la propiedad.....	53
2.7. Derecho de propiedad.....	54
2.7.1. Expropiación	55
2.8. Limitación de la regulación legislativa.....	56
3. Mecanismos constitucionales de protección a los derechos del inversionista nacional y extranjero.....	57
3.1. Acción de Protección.....	57
3.2. Acción constitucional de amparo económico.....	58
3.3. Control de legalidad por el Tribunal Constitucional.....	61
3.4. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.....	61
CAPÍTULO III: LAS DEMANDAS ANTE EL CIADI EN CONTRA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, POR PARTE DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.....	62
1. La institución del CIADI.....	62
1.1. Jurisdicción o competencia.....	64
1.2. ¿Fin aparente del CIADI?: Ventajas del CIADI que generaron una alta atracción para la resolución de controversias internacionales en materia de inversión v/s su descenso con el pasar del tiempo.....	72
1.3. Historia de Chile y el CIADI.....	76
2. Contexto general de demandas en América del Sur.....	78
2.1. Contexto de demandas en contra del Estado de Chile.....	79
2.2. MTD (Malasia) vs Chile.....	82
2.2.1. La demandada infringió la obligación de trato justo y equitativo.....	86
2.2.2. Violación del TBI por incumplimiento de los contratos de inversión extranjera.....	88
2.2.3. Medidas injustificadas y discriminatorias.....	88
2.2.4. Negativa a conceder los permisos necesarios.....	89
2.2.5. Expropiación.....	90
2.2.6. Conclusión y análisis.....	90
CONCLUSIÓN.....	100
BIBLIOGRAFÍA.....	103

RESUMEN

La presente memoria tratará de responder la siguiente pregunta: ¿Por qué Chile es uno de los países menos demandados por inversionistas extranjeros en América del Sur, ante el CIADI? La hipótesis inicial que se ofrece es que el marco constitucional, que se ha entendido que resulta aplicable a los inversionistas extranjeros, ha incidido directamente en la baja cantidad de acciones en su contra.

Para verificar si esta hipótesis es acertada o no, se llevará a cabo un análisis de las garantías y acciones que protegen al inversionista extranjero, como sujeto económico, a la luz de la Constitución Política de la República de 1980. Pero antes de llegar a aquel punto, será necesario primero adentrarnos en qué se entiende por inversión extranjera, es decir, su concepto y su impacto en nuestro país; para, con posterioridad, estudiar con detenimiento qué es el CIADI y las demandas interpuestas en contra del Estado de Chile. Finalizaremos esta memoria con la revisión del caso MTD (Malasia) v. República de Chile por ser el único caso donde Chile resulta perdedor absoluto, para observar los argumentos entregados por los árbitros y a partir de ahí concluir si nuestra afirmación inicial es correcta o no.

INTRODUCCIÓN

A partir de la Segunda Guerra Mundial, se vivió un rápido crecimiento del comercio internacional, generando la integración de los distintos mercados y dando lugar a la creación de bloques comerciales por parte de los países del mundo.¹

Los Estados decidieron cambiar sus políticas económicas internacionales decidiendo derribar las barreras que restringían el comercio.² En otras palabras, *“surgen los modelos económicos formales que regularon el intercambio comercial de la época, como lo son el Mercantilismo y el Liberalismo.”*³ ¿Qué trajo esta modificación? *“La liberalización constante y sostenida del comercio internacional a través, fundamentalmente, de rebajas arancelarias y readecuación de barreras no arancelarias, alta expansión y movimiento de capitales, y una importante tendencia a la estandarización de los modelos económicos aplicables.”*⁴ Es en aquel punto donde también se produce un aumento relevante de la inversión extranjera.⁵

Ahora, en el escenario nacional, la inversión extranjera es más bien un fenómeno reciente. Ciertamente, hasta la mitad de la 1970, existían cuerpos legales que regulaban la materia, sin embargo, este número era mínimo, pues muchas veces era vista con cierta reticencia.⁶

Sin embargo, este paradigma cambia a partir del golpe militar. Durante este período, *“en cuanto a la conducción económica, la idea fue restaurar los vínculos con el sistema capitalista mundial, para lo cual se estableció una política de libre mercado y se redujeron las funciones del Estado en la conducción de la economía.”*⁷ Por tanto, nuestro país toma la postura de

¹ Dolores Riveiro García, “Efectos potenciales de un proceso de integración económica. La experiencia de América Latina” *Revista Galega de Economía*, vol. 14, n° 1-2 (2005): 1 https://www.usc.es/econo/RGE/Vol14_1_2/Castelan/art18c.pdf

² José María Rotellar, “El impacto económico negativo del proteccionismo” *Cuadernos de pensamiento político FAES Fundación*, 63 (2019): 74. <https://fundacionfaes.org/wp-content/uploads/2021/09/20190902110535el-impacto-economico-negativo-del-proteccionismo.pdf>

³ Borja Sastre González, “Evolución del Comercio Internacional: Consecuencias de la Globalización” (Memoria para optar Grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad de Valladolid –Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, (2014), 3. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/7357/TFG-E-19.pdf?sequence=1>

⁴ Gerardo Coppelli Ortiz, “La globalización económica del siglo XXI. Entre la mundialización y la desglobalización” *Revista Estudios Internacionales* vol. 50, n°191 (2018): 66. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2018.52048>

⁵ Ricardo Ffrench-Davis, “Globalización económica y desarrollo nacional: evolución y algunos desafíos actuales” *Estudios Internacionales* vol. 49, (2017): 91. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2017.47534>

⁶ Roberto Mayorga, Joaquín Morales y Rodrigo Polanco, *Inversión extranjera régimen jurídico y solución de controversias: aspectos nacionales e internacionales* (Santiago: LexisNexis, 2005), 16.

⁷ Teresa Catalina Rojas Martini, “Cambios y permanencias en el desarrollo político y económico de Chile” *De Raíz Diversa* vol. 4, n° 8, (2017): 186. <https://revistas.unam.mx/index.php/deraizdiversa/article/view/64094>

abrirse al mundo completamente, integrándose al proceso de globalización y asumiendo un sistema económico neoliberal.

No obstante, *“la apertura unilateral iniciada en los tiempos de la dictadura militar fue complementada con negociaciones bilaterales, regionales y multilaterales porque en los años 90’ se decidió que Chile, como país pequeño que quería integrarse al mundo de manera exitosa y permanente, necesitaba de reglas claras, previsibles, no discriminatorias y transparentes”*⁸.

¿Qué quiere decir lo anterior? Quiere decir que Chile decide comenzar a pactar con distintos Estados del mundo una serie de tratados internacionales en materia de inversiones, en el entendido *“que la suscripción de acuerdos de protección y promoción de las inversiones y tratados de libre comercio con capítulos de inversiones son una forma de atraer inversión extranjera”*⁹.

Por otro lado, y con la finalidad de mantener y aumentar el porcentaje de inversión extranjera que ingresa a suelo nacional, se empezó a instaurar una serie de garantías a favor de ellos en el marco legal. Estas garantías se ven retratadas principalmente en la Constitución Política de 1980 y en el DL N°600, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1974, ya derogado, sucedido por la Ley N°20.848, de 16 de junio de 2015.

Chile hoy, *“debido a la creciente apertura de su economía y su apuesta por la innovación tecnológica y a la inversión, se ha convertido como un destino especialmente atractivo para las compañías multinacionales,”* por sobre otros países de América Latina¹⁰.

A pesar de ello, el Estado de Chile no se ha visto exento de controversias en la materia, llegando a ser demandado un total de seis veces ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado mediante el Convenio para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados -conocido como Convenio de Washington de 1965-, al que nuestro país está suscrito desde 1991.

⁸ Ana Novik y Paulina Nazal, “El nuevo escenario de la Política Comercial chilena” *Latin American Journal of Trade Policy* 6 (2020): 90.

⁹ Laura Victoria García Matamoros, “La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión” *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, vol.12 (2019): 88. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569>

¹⁰ Paz Álvarez Vereterra, “Inversión extranjera directa en América Latina: Desarrollo e impacto en la economía chilena” (TFG para optar Grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad Pontificia Comillas Valladolid – Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 2018): 32. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26559/TFG%20-%20Allvarez%20Vereterra%2c%20Paz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Lo que llama la atención respecto de este tópico son dos aspectos: primero, los resultados positivos, en general, que tiene Chile ante el Centro. Esto debido a que, de las seis demandas interpuestas en su contra, de las cuales cuatro se encuentran concluidas, en tres de ellas se ha rechazado la demanda deducida; y segundo, que, dentro de la región, éste ha sido uno de los Estados menos demandados por inversores extranjeros, en relación con el flujo de inversión que recibe.

Con relación a ello, esta memoria postula la siguiente hipótesis que explica las dos situaciones anteriores: El marco constitucional, que se ha entendido que resulta aplicable a los inversionistas extranjeros, ha incidido en la baja cantidad de demandas de los inversores extranjeros en contra del Estado de Chile, en relación con otros países de América del Sur, ante el CIADI.

Para verificar la hipótesis en cuestión, tendremos como objetivo general, realizar un análisis de las garantías y acciones que protegen al inversionista extranjero, como sujeto económico, a la luz de la Constitución Política de la República de 1980.

CAPÍTULO I: INVERSIÓN EXTRANJERA.

1. Concepto jurídico y económico.

De acuerdo con los profesores Mayorga, Morales y Polanco, inversión extranjera es un concepto conocido por su diversidad de significados, que abarcan tanto el ámbito jurídico, económico, tributario, hasta el doctrinario¹¹. Por ende, el término a utilizar depende directamente del área en que uno se encuentre.

En esta memoria, discutiremos sobre las dos primeras acepciones por ser los de mayor relevancia, para nuestros fines.

1.1. Concepto jurídico.

La primera pregunta que salta a la luz es, ¿existe una definición legal en Chile de inversión extranjera? La Ley N° 20.848, de 2015, que establece el marco para la inversión extranjera directa en Chile y crea la institucionalidad respectiva¹², establece en su artículo 2° que se entiende por inversión extranjera directa: *“la transferencia al país de capitales extranjeros o activos de propiedad de un inversionista extranjero o controlado por éste, por un monto igual o superior a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica o su equivalente en otras monedas, que se efectúe a través de moneda extranjera de libre convertibilidad, bienes físicos en todas sus formas o estados, reinversión de utilidades, capitalización de créditos, tecnología en sus diversas formas susceptible de ser capitalizada, o créditos asociados a la inversión extranjera proveniente de empresas relacionadas”*.

Luego, el artículo 3° de la misma regulación señala que para efectos de esa normativa, se entiende por *“inversionista extranjero a toda persona natural o jurídica constituida en el extranjero, no residente ni domiciliada en Chile, que transfiera capitales a Chile, en los términos del artículo anterior”*.

Ahora, es necesario analizar las características plasmadas en otros instrumentos jurídicos vigentes en el país.

En primer lugar, nos dirigimos al Capítulo XIV del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central, en el cual se define la inversión como *“cualquier acto, convención o contrato en virtud del cual una parte percibe divisas provenientes del exterior o el producto de su liquidación en el país, con el objeto de adquirir el dominio, usar, gozar o ser*

¹¹ Roberto Mayorga, Joaquín Morales y Rodrigo Polanco, Op. Cit., 21.

¹² Esta ley es la continuación regulatoria del Decreto Ley N° 600, de 1974, primer estatuto de inversión extranjera en nuestro país, que tuvo positivos resultados para incentivar la entrada de capitales foráneos a suelo nacional.

poseedor o mero tenedor de valores mobiliarios, efectos de comercio, acciones, derechos sociales y cualquier otra clase de títulos o valores, o bienes raíces o muebles”.

Como podemos apreciar, aquí encontramos tanto los factores de transferencia de capital, como la intervención de un sujeto extranjero. Por ende, se asemejan los elementos esenciales de esta disposición con los previstos por la Ley N° 20.848.

En segundo lugar, mencionaremos algunos Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs) en vigor.

Estos convenios, como lo indica su nombre, a grandes rasgos, establecen un marco de protección y seguridad para los inversionistas y sus inversiones.

Respecto de la definición de inversión foránea, veremos que estos convenios tienen cierta fórmula para referirse al concepto, tratando de que sea lo más amplio posible, con la finalidad de no agotar y establecer límites en cuanto a lo que podemos entender por tal.

Pasaremos a visualizar lo anterior, a través del primer y último APPI suscrito por Chile¹³. Esto, con el afán de observar si la fórmula utilizada ha cambiado con el paso de los años.

En primer lugar, haremos alusión al APPI suscrito entre Chile y España, suscrito el 2 de octubre de 1991¹⁴.

En su artículo 1° numeral 2 se establece el concepto de inversión indicando que: *“(s)e designa a todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:*

- *Acciones y otras formas de participación en sociedades,*
- *Créditos, valores y derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados,*

¹³ Sin perjuicio de que, más allá de los APPI, en instrumentos posteriores, mediante incorporaciones de capítulos en tratados de libre comercio, se ha abordado también la temática de inversiones extranjeras, como acontece, por ejemplo, con el CPTPP.

¹⁴ Mediante Decreto N°291, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

- *Bienes muebles e inmuebles, así como todo tipo de derechos relacionados con los mismos, todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y, know-how,*
- *Derechos para realizar actividades económicas otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.”*

En segundo lugar, traemos a colación el APPI suscrito entre Chile y Hong Kong, suscrito el 18 de noviembre de 2016¹⁵.

Se establece por inversión lo siguiente: “(s)ignifica todo activo de propiedad o controlado por un inversionista, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a) *Una empresa;*
- b) *Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;*
- c) *Bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda y préstamos, pero no incluye: i) préstamos emitidos por una Parte a la otra Parte; ii) bonos, notas u otro tipo de valores de deuda o instrumentos emitidos por una Parte (incluido su Banco Central o autoridad monetaria), o por una empresa del Estado:*
- d) *Futuros, opciones u otros derivados;*
- e) *Contratos de llave en mano, construcción, gestión, producción, concesión, participación en los ingresos y otros contratos similares.*
- f) *Derechos de propiedad intelectual;*
- g) *Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgadas de conformidad con la legislación de la parte; y*
- h) *Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamiento, hipotecas, gravámenes y*

¹⁵ Mediante Decreto N° 78, de 2019, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

*garantías de prenda; pero inversión no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa.*¹⁶

Al igual que en el Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central, se repiten los elementos esenciales ya descritos, sin embargo, aquí se detalla con mayor precisión cuál es el objeto de la inversión a realizar. Mientras que en el caso del primer convenio la lista de qué se entiende por inversión es acotada, en el último convenio, esta se caracteriza por ser mucho más extensa, en una lógica evolutiva y no exhaustiva.

Es de esta forma que, una vez revisadas distintas fuentes, podemos afirmar que el concepto jurídico de inversión extranjera cuenta con dos puntos clave que se repiten, como son la transferencia de capital y la intervención por parte de un inversor foráneo.

Ya resuelto lo anterior, podemos aventurarnos a conocer la concepción económica de este fenómeno.

1.2. Concepto económico.

Para explicar este tópico, nos parece oportuno conocer qué se entiende por inversión, excluyendo la palabra extranjera de nuestro análisis preliminar.

Comúnmente, se emplea la palabra inversión cuando nos referimos a comprar activos financieros o físicos que ya existen. Por ejemplo, decimos que alguien “invierte” en acciones, bonos o una casa cuando compra un activo.¹⁷

Más allá de dicha conceptualización, haremos uso del enfoque macroeconómico para desentrañar la concepción económica de inversión. Puesto que *la macroeconomía es parte del campo de la economía, y estudia las fuerzas que influyen en la economía en su conjunto*¹⁸.

José de Gregorio indica que *“inversión consiste en bienes que se mantienen para el futuro y, por lo tanto, no son consumidos. Los bienes se mantienen, ya sea para la producción de bienes —como es el caso de las maquinarias y los edificios, o como productos finales para ser vendidos en el futuro, en cuyo caso corresponden a inventarios”* Por ende, es *“la adición de bienes de capital al stock existente”*¹⁹.

¹⁶ Ver texto del acuerdo en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/ppis/appi-hong-kong.pdf?sfvrsn=99e628e3_2

¹⁷ Rudiger Dornbusch, Stanley Fischer y Richard Startz, *Macroeconomía*, Editado por Jesús Mares Chacón, 10ª edición (México DF: Mc Graw Hill Education, 2009), 344.

¹⁸ Gregory Mankiw, *Macroeconomía*, 8ª edición (Barcelona, Bosch, 2014), 45.

¹⁹ José De Gregorio, *Macroeconomía: Teoría y Políticas* (Ciudad de México: Pearson Educación, 2007), 17.

Ahora, esta concepción tiene subclasificaciones, y que corresponden a dos grandes rubros, la inversión fija y la variación de existencias. La primera es *el mayor componente del gasto de inversión, que representa alrededor de dos tercios del total, y que corresponde a la inversión en bienes de equipo*. Es decir, *comprende todo, desde faxes hasta fábricas, ordenadores y automóviles de empresa*²⁰.

En resumidas cuentas, este tipo de inversión vendría a ser la compra de los activos fijos que durarán en el tiempo, y cuya finalidad es proveer las condiciones necesarias para que la empresa lleve a cabo sus actividades respectivas en un futuro cercano. Por ejemplo, la compra de terrenos, maquinaria, equipamiento, entre otros.

Por otra parte, el segundo gran rubro de la inversión corresponde a la variación de existencias o, siendo estos *“aquellos contrario a la inversión fija, es decir, aquí ya no hablamos de los bienes fijos que se compran en un principio para producir más en un futuro -además de tener un carácter permanente en el tiempo- sino que son productos finales, cuya finalidad corresponde a ser vendidos en un futuro”*²¹.

Tras señalar los dos grandes rubros de la inversión podemos concluir que el concepto económico de inversión se entiende por *el flujo de producción de un periodo dado que se utiliza para mantener o aumentar el stock de capital de la economía*²².

Por último, y para cerrar este punto, es necesario referirnos a la distinción existente entre inversión neta y bruta. Debido a que, con el paso del tiempo, los bienes se van desgastando, y, por ende, se deberá invertir en nuevos para reemplazarlos. Es de esta forma que nos estaríamos alejando de la concepción de inversión inicial, es decir, de la adición de bienes de capital al stock existente, por el simple motivo de la depreciación de los bienes con que se trabaja. Este reemplazo de capital, producido por la depreciación, es lo que nos llevará a esta nueva clasificación de inversión bruta y neta.

En efecto, el profesor De Gregorio indica que *“la inversión bruta es la cantidad total que invierte la economía en un período, tanto para reponer el capital que se ha ido gastando como para agregar nuevo capital”*. Mientras que *“la inversión neta es la cantidad de capital que se agrega por sobre el capital ya existente; en consecuencia, es la inversión bruta menos la*

²⁰ Gregory Mankiw, Op. Cit., 679.

²¹ José De Gregorio, Op. Cit., 17.

²² Felipe Larraín y Jeffrey D. Sachs, *Macroeconomía en la economía global*, 2ª edición (Buenos Aires, Pearson Education, 2002), 437.

*depreciación*²³. Asimismo, la diferencia entre las dos es la depreciación del capital, es decir, el monto de capital existente que se gasta durante un determinado período.

1.3. Recapitulación preliminar.

Habiendo entendido de mejor manera el concepto jurídico como económico y su variante extranjera, en el primer caso, podemos afirmar lo siguiente.

A pesar de no tener un concepto único de inversión extranjera, no podemos considerar este hecho como algo negativo. Es más, podemos afirmar que al no estar taxativamente conceptualizado qué se entiende por este término, se abre la posibilidad de que los inversionistas puedan elegir con libertad el ámbito de la actividad económica que estimen conveniente para invertir en Chile, mientras que tal actividad se desarrolle con sujeción a las leyes internas de nuestro país.

Es más, *“en la década de los años noventa, los tratados de comercio e inversión se impulsaron con la gran promesa de que la firma de éstos generaría la llegada de capitales extranjeros, y con eso se lograría el desarrollo y el bienestar”*²⁴ Y esta llegada masiva de capitales extranjeros se debería, entre distintos factores, a que *“estos TBI firmados incluyen cláusulas que han sido redactadas de un modo amplio para que la gran mayoría de los movimientos de capital puedan ser considerados una inversión”*²⁵ Argumento que estaría en concordancia con nuestra aseveración anterior, pues, entendemos, que si ello fuera negativo, los países no los suscribirían, o se mostrarían reacios a la inclusión de ellas.

Lo previamente indicado se puede fundamentar con los distintos TBIs firmados por Chile a lo largo de su historia. Por ejemplo, uno de los primeros suscritos por nuestro país fue con Francia, firmado el 14 de julio de 1992²⁶, que establece que el concepto de inversión: *“significa toda clase de bienes, derechos y participaciones de cualquier índole y, en particular, aunque no exclusivamente:*

a) Bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos reales tales como hipotecas, gravámenes, usufructos, prendas y derechos similares;

²³ José De Gregorio, Op. Cit., 18.

²⁴ Luciana Ghiotto y Patricia Laterra, “25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina: Análisis y perspectivas críticas,” (Buenos Aires, Fundación Rosa Luxemburgo; El Colectivo, 2020): 127. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/193352/CONICET_Digital_Nro.92201341-98a2-415a-ab30-7e0b2d4788de_L.pdf?sequence=5&isAllowed=y

²⁵ Luciana Ghiotto y Patricia Laterra, Op. Cit.

²⁶ Mediante Decreto N°1164, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

b) Acciones, primas de emisión sobre acciones y otras clases de participación, incluidas formas minoritarias e indirectas, en sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;

c) Obligaciones o debentures, o derechos a toda presentación que tenga un valor económico;

d) Derechos de propiedad intelectual, derechos de propiedad industrial (tales como patentes, licencias, marcas comerciales, modelos industriales y modelos a escala), procesos técnicos, nombres registrados y derechos de llave;

e) Concesiones comerciales otorgadas por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales, incluidos aquellos ubicados en la zona marítima de las Partes Contratantes (...)"

Asimismo, uno de los últimos APPIs suscrito por Chile fue con Hong Kong, al cual ya aludimos²⁷, y como ya observamos en su momento, su definición de inversión es igual de amplia que la anterior, reforzando aún más nuestro argumento que sostiene que los tratados firmados incluyen cláusulas que han sido redactadas de un modo amplio, para que la gran mayoría de los movimientos de capital puedan ser considerados una inversión.

2. Tipos de inversión.

Hasta este momento, sólo hemos hablado del concepto de inversión extranjera de modo general, pero debemos advertir que existen tipos distintos de inversión que es importante explicar para el desarrollo de esta memoria. Estas vendrían a ser, por una parte, la inversión extranjera directa, y por otra, la indirecta.

2.1. Inversión extranjera directa.

La inversión extranjera directa (IED) se define habitualmente como *“una operación que involucra una relación de largo plazo en la cual una persona física o jurídica residente de una economía (inversor directo) tiene el objetivo de obtener una participación duradera en una empresa o entidad residente de otra economía”*²⁸.

Este tipo de inversión, que se lleva a cabo en el país de destino a largo plazo. Esto, debido a que, por regla general, requiere por parte del inversor la compra de maquinarias, equipos, terrenos, edificios, etc., para el desarrollo de su inversión inicial.

²⁷ Mediante Decreto N° 78, de 2019, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁸ Pablo García y Andrés López, “La Inversión Extranjera Directa: Definiciones, determinantes, impactos y políticas públicas” (Banco Interamericano de Desarrollo-INTAL, 2020). 6. <https://publications.iadb.org/es/la-inversion-extranjera-directa-definiciones-determinantes-impactos-y-politicas-publicas>

Al efecto, el artículo 2º de la Ley N° 20.848 contempla elementos esenciales que forman parte del fenómeno como tal: 1) el acto de transferencia de capital, y sus variantes; y 2) que este acto sea llevado a cabo por un inversionista extranjero. Pero es menester prevenir que la ley agrega ciertos elementos para considerar la inversión extranjera como directa.

En primer lugar, establece el quantum de la transferencia, indicando que *“debe ser por un monto igual o superior a US\$5.000.000”*;

En segundo lugar, se señala expresamente que la materialización de aquella transferencia, *“(p)uede ser a través (...) de moneda extranjera de libre convertibilidad, aporte de bienes físicos, reinversión de utilidades, capitalización de créditos, transferencia de tecnología susceptible de ser capitalizada o de créditos asociados a la inversión extranjera provenientes de empresas relacionadas.”* Asimismo, el inciso segundo del artículo 2º agrega una nueva forma de materialización: *“a través de la adquisición o participación respecto del patrimonio de la empresa o en el capital de la sociedad receptora de la inversión, constituida en Chile conforme a la ley chilena, en forma directa o indirecta, que le otorgue control de, al menos, el 10% del derecho a voto de las acciones de la sociedad, o de un porcentaje equivalente de participación en el capital social si no se tratare de una sociedad por acciones o en el patrimonio de la empresa de que se trate.”*

Por ende, si se cumple con todos estos puntos, podemos establecer que estamos frente a una inversión extranjera directa bajo la regulación chilena.

2.2. Inversión extranjera indirecta.

La inversión extranjera indirecta o de portafolio, a diferencia de la anterior, opera en el caso en que el inversionista busca una utilidad que puede materializarse a corto plazo.

En otras palabras, *es una inversión en un grupo de títulos o propiedades, creada comúnmente para satisfacer una o más metas de inversión.* Esto quiere decir que, *en vez de invertir directamente en determinado título o propiedad, se invierte de manera indirecta al adquirir un interés en un grupo de títulos o propiedades administrados profesionalmente.*²⁹

Con ello se refiere a la inversión materializada a través de la adquisición de bonos y acciones extranjeras, cuyo objetivo es obtener ganancias sobre intereses, reajustes o dividendos. Por

²⁹ Lawrence J. Gitman y Michael Joehnk, *Fundamentos de Inversiones*, 10ª edición (México DF, Pearson Educación de México, 2008), 4.

tanto, su finalidad no consiste en realizar actividades económicas como la posesión de bienes y/o su administración.³⁰

Para el desarrollo de esta memoria, nos enfocaremos meramente en la inversión extranjera directa, debido a su carácter de largo plazo, ya que, fundamentalmente, es en ese tipo de inversión donde el inversionista comparte riesgos con el país receptor, *pues “los inversores que desean una rentabilidad van a evitar invertir su dinero en economías que tengan un alto riesgo país”*³¹ Y, por ende, le importará de sobremanera la legislación nacional, puesto que los cambios en la misma pueden afectarlo directamente.

3. Inversión extranjera en Chile.

Ya abordado el concepto de inversión extranjera y las clasificaciones de la misma, podemos adentrarnos a conocer este fenómeno en el plano nacional. ¿Cómo es la inversión extranjera en Chile? ¿Siempre ha sido igual? ¿Cómo se materializa la misma en relación con otros países de la región?

3.1. Antes y después de la Constitución de 1980.

La inversión extranjera ha tenido distintas valoraciones a lo largo de los años. Es más, sólo a partir de 1974 *“progresó la liberalización del mercado y se fueron eliminando gradualmente las restricciones a los movimientos de capital y las transacciones en divisas extranjeras”*³² pues *“tras el derrocamiento del presidente Salvador Allende, la conducción económica de corte socialista, con una fuerte injerencia estatal en la producción y asignación de los recursos, sufrió un giro hacia políticas de libre mercado, donde la apertura unilateral del mercado, la disminución de la presencia estatal en la economía y la formulación de medidas tendentes a la atracción de inversión extranjera ejercen un rol central dentro de la nueva conducción económica”*³³ Es así como previamente fueron muy pocos los cuerpos legales que tuvieron importancia en la inversión foránea hasta ese momento.

³⁰ Enfoques para la Planeación Sistemática de los Proyectos de Desarrollo. Tokio: Agencia de Cooperación Internacional del Japón, julio de 2004. https://www.jica.go.jp/jica-ri/IFIC_and_JBICI-Studies/english/publications/reports/study/topical/enfoques/pdf/comercio_00.pdf

³¹ Mary Cumbicus y Pablo Ponce, “Riesgo país e inversión extranjera directa: un contraste entre las economías de Ecuador, Perú y Colombia,” *Revista Económica* vol. 6, n°1, (2019), 22. <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/economica/article/view/787/626>

³² Roberto Guerrero y Juan Cheyre, “Chile: fortalezas para acoger inversión extranjera y desarrollar un mercado financiero y de capitales regional” en *Chile, una plataforma para la internacionalización* (España: Universidad Antonio de Nebrija, 2013), 218.

³³ Alejandro Astudillo Jiménez, “Flujos de inversión directa, fortalecimiento democrático y coyuntura política: El caso de Chile” *México y la cuenca del Pacífico* vol. 6, n°18 (2017), 43-44. <https://www.scielo.org.mx/pdf/mcp/v6n18/2007-5308-mcp-6-18-00037.pdf>

Dentro de la regulación local en la materia, en primer término, corresponde referirse al decreto con fuerza de Ley N° 427, de 1953, el cual, de acuerdo con su artículo 1°, *otorgaba franquicias a las personas naturales o jurídicas extranjeras que aportaran al país nuevos capitales. Sin embargo, estas eran sólo aplicables a aquellas inversiones que tenían por objeto iniciar, ampliar o impulsar actividades que tendieran a estimular el desarrollo industrial o a mejorar la explotación de la riqueza minera, agrícola o forestal y a perfeccionar o a incrementar los medios de transporte.*

El segundo instrumento digno de mencionar fue el decreto con fuerza de ley N° 258, de 1960, el cual amplió los sectores económicos para la entrada de la inversión³⁴. Por ejemplo, su artículo 1° expresaba que *“Las personas que aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior, con el objeto de iniciar, ampliar, impulsar, mejorar o renovar actividades productoras, agrícolas, mineras, pesqueras e industriales, o bien otras actividades que sean calificadas de interés para la economía nacional”* Asimismo, la autorización para el ingreso de capitales extranjeros correspondía exclusivamente al Presidente de la República, *de acuerdo con su artículo 4, quien podía aceptar o rechazar los aportes de nuevos capitales provenientes del exterior que deseen acogerse a esa regulación y otorgar o negar, en todo o parte, las franquicias ahí previstas.*

Estos dos estatutos fueron considerados como los más importantes a la hora de regular la inversión extranjera en nuestro país antes de 1973. No obstante, es menester mencionar legislación específica que regulaba ciertas áreas económicas, y que presentó un gran impulso para el ingreso de capitales desde el exterior.

En primer lugar, debe mencionarse la Ley N° 11.828, de 1955, de la Gran Minería del Cobre, que luego fue derogada por la Ley N° 16.624, de 1967. Esta normativa jugó un papel muy importante para atraer inversionistas extranjeros en esa área, en pleno periodo de chilenización del cobre³⁵. En el artículo 14 del aludido DFL N°258, de 1960 se estableció un beneficio para las empresas sometidas a la Ley N° 11.828: *“A las empresas (...) que en el futuro se establezcan en el país que realicen aportes de capital extranjero destinado a la explotación de yacimientos mineros diferentes de los que trabajan empresas regidas por esa*

³⁴ Gloria Lafourcarde Jiménez, “Aporte de capitales extranjeros para el establecimiento de industrias” (Memoria para optar a la Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 1963), 57. <https://doi.org/10.5354/0719-7462.1963.41979>

³⁵ Ján José Cademartori, “El Impacto de la inversión extranjera 1990-2000 sobre el desarrollo durable de la región minera de Antofagasta (Chile)” (Memoria para optar al grado de Doctor en Ciencias Sociales, Université Catholique de Louvain– Facultad de Ciencias Sociales, económicas y políticas, 2007), 58.

ley, el Presidente de la Republica podía concederles una o más de las franquicias contempladas, y además de tener la garantía de la invariabilidad de la tasa del 50% prevista en el artículo 2° de la Ley 11.828’.

Las franquicias contempladas correspondían a dos disposiciones principalmente:

Artículo 5°: “La internación de maquinaria nueva y demás elementos necesarios para la instalación de industrias que no existen en el país y que consuman a lo menos un 80% de materia prima nacional, podrá ser liberada de derechos de internación, ad valorem, almacenaje, estadística y todos los impuestos que se perciben por intermedio de las Aduanas, como también de derechos consulares’.

Artículo 6°: “Los bienes que ingresen al país destinados a actividades, explotaciones e industrias dedicadas exclusivamente a producir bienes de exportación, podrán ser liberados del total de los derechos e impuestos que se perciben por intermedio de las Aduanas y de cualquier otro gravamen o contribución, como igualmente, de todo depósito previo o de otras obligaciones o exigencias que afecten su internación.”

Asimismo, el artículo 8° establecía que el Presidente de la República podía conceder una o más de las siguientes franquicias a las personas que se acojan al DFL, al momento de autorizar la internación:

a) “La garantía de que no podrán alzarse las tasas y sobretasas de 2ª, 3ª y 4ª categoría aplicables a las rentas de los capitales mobiliarios, incluso los dividendos, a los beneficios de la industria y del comercio y a los beneficios de la explotación minera y metalúrgica, respectivamente, y del impuesto adicional contemplado en la Ley sobre Impuesto a la Renta, o de cualquiera de las mencionadas que afecten a las utilidades o rentas que se obtengan con los nuevos capitales.

b) La garantía de que no se aplicarán nuevas normas especiales para determinar las rentas obtenidas por los nuevos capitales, que signifiquen una discriminación con respecto a la legislación vigente a la fecha de dictación del decreto supremo que apruebe la inversión.

c) La garantía de que no se aplicarán nuevos impuestos o tributos que afecten en forma exclusiva a la empresa o a sus productos o al comercio de ellos o a su transporte, y que signifiquen, a su vez, una discriminación con respecto a la legislación vigente a la fecha de la dictación del decreto supremo que apruebe la inversión.

d) *El derecho a amortizar, con cargo a utilidades, los bienes del activo físico en que se hayan invertido los capitales aportados, en la forma, plazo y demás condiciones o modalidades que establezca el Presidente de la República en el decreto que apruebe la inversión.*

e) *El derecho a revalorizar de año en año, sin pagar ningún impuesto, el activo representativo del capital aportado, de acuerdo con las variaciones que hubiere experimentado el tipo de cambio desde la fecha de su ingreso al país hasta el cierre del ejercicio financiero correspondiente a cada declaración.”*

El artículo 9° disponía de otras franquicias que, el Presidente de la República podía otorgar, en el decreto que autoriza la inversión:

a) *“El derecho a retirar del país el capital aportado en la forma, plazo y demás condiciones que fije el decreto.*

b) *El derecho a remesar las utilidades e intereses que haya producido el capital aportado;*

c) *Garantizar el libre acceso al mercado de compra y venta de divisas para la liquidación de las que constituyen nuevos aportes de capital y la obtención de las necesarias destinadas a remesar el capital y las utilidades e intereses con ellos obtenidos;*

d) *El derecho a utilizar los cambios provenientes de sus exportaciones para los fines señalados en las letras a) y b) en la forma y condiciones que establezca el Presidente de la República.”*

En segundo lugar, el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central, también ha jugado un rol fundamental en la inversión extranjera desde aquella época³⁶. En aquel entonces, este Compendio era conocido como Ley de Comercio de Exportaciones, Importaciones y de Agencias de cambios internacionales (el cual fue derogado en 1989). Respecto de él, hubo tres disposiciones que fueron de mayor relevancia para la inversión extranjera, los artículos 14°, 15° y 16°.

El primero de ellos establecía que las *“personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que transfieran a Chile capitales en divisas extranjeras y que se inscriban en el Banco Central de Chile, podían vender libremente dichas divisas con determinada limitación. Para estos efectos, el Banco Central de Chile les otorga un certificado de inscripción nominativo e intransferible. Las personas acogidas a esta excepción podían reexportar libremente, en forma*

³⁶Catalina Pilar Carrasco Lemus y Loredana Fiorella Vito Cortez, *Condicionantes de la inversión extranjera directa de India en Chile* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias en la Administración de Empresas y al título de ingeniero comercial, Universidad de Valparaíso-Facultad de Ciencias económicas y administrativas), 7. <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/serveruv/api/core/bitstreams/b4da7106-75ed-4f25-ac2a-30b3df1e73a1/content>

total o parcial, dichos capitales, previa devolución del respectivo certificado de inscripción o de anotación de la remesa parcial, en su caso.

Asimismo, de acuerdo con las condiciones anteriores y dentro de las limitaciones legales, el Banco Central de Chile debía autorizar las remesas correspondientes a los intereses y beneficios que produzcan dichos capitales.

Tal como lo indica Zabala, este artículo fue un canal de gran importancia a causa de la facilidad de uso y falta de discrecionalidad. A través de él se canalizaron las inversiones de corto plazo y, en especial, los créditos externos de carácter privado³⁷.

El artículo 15° sigue en la misma dirección, disponiendo que el instituto emisor: “salvo en los casos en que lo autorice previamente, no podía ser obligado a otorgar divisas para el pago de obligaciones estipuladas en moneda extranjera que no correspondan a una operación de comercio exterior.

Exceptuando de esta disposición a los pagos derivados del financiamiento hecho por las personas o entidades a que se refiere el artículo 12³⁸ y que recaigan en operaciones de cambios o en importaciones debidamente autorizadas”

Por último, el artículo 16° prescribía que los: “contratos que suscriba el Banco Central de Chile no podían ser modificados sino por acuerdo mutuo de las partes concurrentes y en ellos se podía garantizar el mantenimiento del régimen cambiario aplicable, en la forma, plazos y demás condiciones que determine el Comité Ejecutivo al otorgar su aprobación al convenio respectivo.

No obstante la existencia de estos estatutos de inversión, a finales del año 1973 fueron rápidamente revocados en razón de la irrupción al poder por parte del régimen castrense. Durante el periodo de 1973 a 1989, se estableció un nuevo marco respecto del estatuto del inversionista extranjero. Los puntos claves eran tres: En primer lugar, la dictación del Estatuto de la Inversión Extranjera a partir del Decreto Ley N°600, de 1974; en segundo lugar, la

³⁷ Ricardo Zabala, “Inversión extranjera directa en Chile 1954-1986”, Centro de Estudios Públicos n° 90 (1987), 226. <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1609/2749>

³⁸ “Las operaciones de cambios internacionales, ya se realicen como actos habituales u ocasionales de comercio de divisas, sólo podrán efectuarse por el Banco Central de Chile y con autorización expresa del Comité Ejecutivo de ese Banco, por los Bancos comerciales o por otras personas o entidades.”

reducción unilateral de las tarifas aduaneras; y, en tercer lugar, la Constitución Política de la República de 1980³⁹.

A pesar de que nuestro país contaba con estos cuerpos normativos en materia de inversión extranjera, aun así, dicho fenómeno no tuvo altos índices sino hasta vuelta la democracia, correspondiente a inicios de los años 90. Esto en razón a que, los montos reales de inversión extranjera ingresados al amparo del nuevo estatuto de inversionista extranjero resultaron ser bajos y altamente volátiles en sus inicios. En este sentido, hubo sectores que no recibieron aportes a lo largo de los primeros años, como fue el caso de la electricidad, gas y agua, mientras que otros como construcción, transporte y telecomunicaciones registraron entradas concentradas en periodos específicos. Sin embargo, el sector de la minería se mantuvo constante en el tiempo con inclinación a un aumento⁴⁰.

Por ende, los esfuerzos llevados a cabo por la dictadura castrense, en materia de inversión, tuvieron sus frutos tras la llegada de la democracia a Chile y de una nueva gobernanza bajo un Estado de Derecho; sumado a que las autoridades de aquella época continuaron con las reglas económicas previamente aprobadas en dictadura, y se potenció la imagen de estabilidad de las condiciones que brinda el país a los inversionistas internacionales⁴¹.

3.2. Tratados internacionales que versan sobre materias de inversión firmados por Chile.

Al retornar a la democracia, Chile pudo comenzar a pactar una serie de tratados internacionales en materia de inversión con distintos Estados, brindando condiciones de mayor certeza jurídica, que colaboraron con incrementar los volúmenes del capital extranjero en nuestro país.

De esta manera, Chile se convirtió en el país con la mayor cantidad de tratados de liberalización comercial y de protección de las inversiones en la región⁴².

Se logró lo anterior gracias al impulso por suscribir, en un principio, una serie de APPIs con distintos países del mundo⁴³, y con posterioridad, tratados de libre comercio (TLC) aumentando

³⁹ Universidad de la República del Uruguay, Informe de país: Chile, Políticas hacia el capital extranjero 1990–2014 (Montevideo: Universidad de la República del Uruguay, 2015), 1. <https://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/2019/09/Chile.pdf>

⁴⁰ Alejandro Astudillo Jiménez, Op. Cit. 44.

⁴¹ Op. Cit., 46.

⁴² Álvaro Bolado Pizzi y Raúl Campusano Droguett, "Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI" *Actualidad Jurídica*, n°32 (2015): 271-273. <https://derecho.udd.cl/actualidadjuridica/files/2016/01/32-Ensayos-Algunas-reflexiones-en-torno.pdf>

⁴³ Op. Cit., 271.

aún más su participación en el mercado mundial. Es más, si observamos las cifras de la Organización Mundial de Comercio, Chile lidera el ranking de países de Latinoamérica que ha suscrito el mayor número de TLC a nivel mundial.⁴⁴

Una vez hecha esta introducción, pasaremos a establecer qué se entiende por inversión extranjera en algunos tratados seleccionados, junto con sus objetivos.

3.2.1. Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI).

En primer lugar, tenemos los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, más conocidos por su abreviación APPI.

Chile, a esta fecha, ha suscrito un total de 38 Acuerdos de este tipo⁴⁵. El primer APPI de nuestro país fue suscrito con España, en 1991⁴⁶, mientras que el último, hasta este momento, es aquel con Hong Kong, de 2016⁴⁷.

Ahora, ¿cuál es el objetivo final de estos tratados? Traemos a colación el APPI suscrito entre Chile y Malasia en 1992, en razón de ser el convenio que analizaremos por el Caso “MTD v. República de Chile” en el capítulo III. Así, el objetivo último descrito en él es: *“desarrollar e intensificar una cooperación económica e industrial sustentada en el largo plazo y, en particular, que cree condiciones favorables para las inversiones por parte de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante;*

Reconociendo la necesidad de proteger las inversiones por parte de los inversionistas de ambas Partes Contratantes y de estimular el flujo de inversiones y la iniciativa comercial individual con miras a la prosperidad económica de ambas Partes Contratantes (...);

Asimismo, estos convenios buscan *“asegurar a los inversionistas de la otra parte y a sus inversiones un trato no discriminatorio de parte del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión [...], lo cual se lleva a cabo por medio del otorgamiento de la más completa protección para los inversionistas de la otra parte y a sus inversiones, que hayan ingresado al territorio de su contraparte de conformidad con la legislación vigente de esta última”*⁴⁸.

⁴⁴ World Trade Organization, “Regional Trade Agreements Database” Consultado el 30 de Enero de 2023, <http://rtais.wto.org/UI/PublicAllRTAList.aspx>

⁴⁵ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, “Acuerdos económico – comerciales vigentes”, consultado el 4 de noviembre de 2022, <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones>

⁴⁶ Publicado en el Diario Oficial mediante Decreto N°291, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴⁷ Publicado en el Diario Oficial mediante Decreto N° 78, de 2019, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴⁸ Felipe Lopeandía, Informe Marco Jurídico Nacional e Internacional sobre Inversión Extranjera Directa en Chile (Santiago: CEPAL, 2001), 17, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4496/S0110919_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Por otro lado, podemos observar ciertas cláusulas que se repiten en la mayoría de ellos, y que vienen a representar aquellas condiciones más favorables para el inversionista.

En primer lugar, está la cláusula de “Trato nacional,” que quiere decir que el trato brindado a los inversionistas foráneos no sea menos favorable que aquel que el Estado receptor otorgue a sus propios nacionales⁴⁹.

En segundo lugar, está la cláusula de la “Nación más favorecida”. Con ello se refiere a que el trato que debe otorgar a los inversionistas foráneos de un Estado no sea menos favorable que el conferido a inversionistas de un tercer Estado⁵⁰.

En tercer lugar, está la cláusula del “Trato justo y equitativo.” Es un estándar abstracto, amplio y general, que contiene varios elementos de protección, incluyendo aquellos tradicionalmente asociados con el estándar mínimo de trato bajo el Derecho Internacional consuetudinario⁵¹. En el caso *Swisslion DOO Skopje v. Macedonia*, el tribunal arbitral expresó que el trato justo y equitativo *“asegura que el inversionista extranjero no sea tratado injustamente, teniendo debidamente en cuenta todas las circunstancias circundantes, y que es un medio para garantizar justicia a los inversionistas extranjeros”*⁵².

En cuarto lugar, está la cláusula de “Expropiaciones e indemnizaciones”, que dice relación con la posibilidad de que el Estado receptor pueda, por causa de utilidad pública o interés nacional, expropiar dicho proyecto, *“siempre que se acompañe de las debidas garantías procesales, no sea discriminatoria y sea pagada una cantidad de dinero como compensación”*.⁵³

En quinto lugar, está la cláusula de “Solución de controversias.” La mayoría de estos acuerdos *“incorpora en el recurso al arbitraje internacional entre inversores y Estado un arreglo institucional que, a diferencia del mecanismo utilizado para resolver las diferencias entre Estados, establece que las normas del procedimiento a seguir durante el arbitraje, a menudo,*

⁴⁹ Hugo Hurtado y Patricia Brown, “La reforma tributaria chilena y los tratados sobre fomento y protección recíproca de inversiones” *Anuario de Derecho Tributario*, n° 6 (2014): 70.

⁵⁰ Op. Cit., 70-71.

⁵¹ Arbitraje internacional de Aceris Law LLC, “Trato justo y equitativo en el arbitraje de inversiones” Consultado el 30 de Enero de 2023, <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/fair-and-equitable-treatment-in-investment-arbitration/>

⁵² Caso CIADI No. ARB/09/16, Fallo 6 Julio 2012, párrafo 273. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1080.pdf>

⁵³ Ivette S. Esis Villarroel, “Principales disposiciones del Capítulo 8 de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio Brasil-Chile: Novedades y desafíos” *Actualidad Jurídica*, n° 48 (2023): 146. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2023/10/ivette-esis-principales-disposiciones-del-capitulo-8-de-inversiones-del-acuerdo-de-libre-comercio-brasil-chile-1.pdf>

se refieren a reglas de procedimiento establecidas internacionalmente en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), o al Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), dejando la posibilidad al reclamante de elegir la alternativa de arbitraje”⁵⁴.

3.2.2. Tratados de Libre Comercio (TLC).

Desde la década del 1990, Chile ha suscrito una suma de 36 Acuerdos económicos y comerciales, estando 32 de ellos en vigor.⁵⁵

Esta política de apertura busca “dinamizar los flujos de comercio e inversión en forma recíproca, de igual forma, incluyen diversas disciplinas y temáticas específicas orientadas a regular, facilitar y proteger la forma en que nuestras empresas hacen negocios con sus pares en el extranjero.”⁵⁶

La Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales nos indica que “los capítulos negociados por nuestro país otorgan a los inversionistas y sus inversiones una serie de garantías acordes con los estándares internacionales, incluyendo por ejemplo disposiciones relativas a la no discriminación, a la debida expropiación y al tratamiento general de los inversionistas y sus inversiones, garantizando un nivel mínimo de trato conforme a la costumbre internacional. De esta forma, se establece un marco jurídico transparente que facilita a los inversionistas chilenos y sus capitales el acceso a los mercados de nuestros socios comerciales”⁵⁷.

4. Comparación con países de América del Sur en materia de inversión.

¿Cuál es el contexto de la *inversión extranjera directa* en la región? Ciertamente, América del Sur no es el destino preferencial de los inversores foráneos a la hora de determinar un lugar

⁵⁴ Andrea Vargas Cárdenas, “Los mecanismos para la solución de controversias establecidos en acuerdos comerciales y de inversión: Y la situación vigente en Chile al respecto” Asesoría Técnica Parlamentaria (2019): 6. <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27763/2/Mecanismos%20de%20Solución%20de%20Controversias%20en%20acuerdos%20comerciales%20y%20de%20inversión.pdf>

⁵⁵ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, "Acuerdos económico – comerciales vigentes", consultado el 30 de marzo de 2024, <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes>.

⁵⁶ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, Impacto de los Tratados de Libre Comercio: Hacia una política comercial inclusiva (Santiago: Julio de 2019), 22, <https://www.subrei.gob.cl/estudios-y-documentos/otros-documentos/detalle-otras-fichas-y-reportes/impacto-de-los-tratados-de-libre-comercio-hacia-una-politica-comercial-inclusiva-edición-julio-2019-2>

⁵⁷ Op. Cit., 95.

para transferir su capital, sino que más bien han sido los países desarrollados los principales receptores por muchos años.⁵⁸

Las razones detrás de estas circunstancias son diversas. En primer lugar, la inestabilidad económica de los países que la conforman; en segundo lugar, las condiciones financieras derivadas del endurecimiento de los tipos de interés por parte de los Bancos Centrales que afecta la inversión extranjera directa; en tercer lugar, la elevada cifra de la deuda pública de los distintos Estados; y, en cuarto lugar, las protestas e inestabilidad social de los países⁵⁹.

Sin embargo, esta situación ha cambiado desde el año 2019, siendo los países en vías de desarrollo el destino principal de los inversores foráneos⁶⁰. Este fenómeno se debe a la baja de los flujos de inversión extranjera directa en el mundo producto de la pandemia mundial, ya que, desde 2020, nuevamente empezó a repuntar la inversión hacia los países desarrollados⁶¹.

En este contexto, Chile ha tomado liderazgo en la región, en materia de suscripción de tratados internacionales que incentivan la inversión foránea hacia suelo nacional. Asimismo, las condiciones económicas, sociales y políticas que el país exhibió por largo tiempo, generaron un clima de seguridad y confianza en la opinión de los inversores al momento de elegir un destino en la región. Tanto es así que, podemos visualizar lo anterior en las cifras que dan cuenta de los países receptores con mayor inversión extranjera directa a lo largo del tiempo.⁶²

4.1. Variables que han permitido a Chile ser líder en la recepción de Inversión Extranjera Directa en la región.

Existen varios motivos que justifican que inversores foráneos decidan transferir sus capitales a suelo nacional, pero las más destacadas vienen de la mano con las variables macroeconómicas del país, por una parte, y por otra, aquellas relacionadas específicamente al fenómeno de la inversión extranjera, que indicaremos en su momento.⁶³

⁵⁸ German Vallejos Almeida, *La inversión extranjera directa: estudio de casos y lecciones aprendidas para su aplicación en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 110. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/3361bc61-67a9-435b-b94d-7ff0029a6050/content>

⁵⁹ Adrián Blanco Estévez, "Introducción" (Madrid: Global LATAM 2021: Series Inversión Extranjera, 2021), 10, <https://www.segib.org/?document=informe-global-latam-series-de-inversion-extranjera-2021>

⁶⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Informe sobre las inversiones en el mundo 2022 (Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2022), 1, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_overview_es.pdf

⁶¹ Ibid.

⁶² Adrián Blanco Estévez, Op. Cit, p. 12.

⁶³ Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa, "Factores determinantes de la Inversión Extranjera Directa en América del Sur" *Perfil de Coyuntura Económica*, n° 22, (2013): 61. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-42142013000200003

4.1.1. Variables macroeconómicas.

De acuerdo con Kuznets, existe una relación directa entre inversión y crecimiento⁶⁴. Por eso, si observamos los niveles de inversión extranjera en el mundo, notaremos que la mayoría de ellas se destinan a los países desarrollados, y en menor medida a los países en vía de desarrollo, con excepción de 2020, único año, desde la década de los 90, que se produjo la situación contraria⁶⁵.

Esta afirmación se basa en hechos empíricos, ya que, si analizamos el caso de Chile, verificaremos que lo enunciado se produce. Por ejemplo, el crecimiento de Chile en 2018 fue de 4%, en 2019 fue de 0,8%, en 2020 fue de -6%, y en 2021 fue de 11,7%⁶⁶, y respectivamente, los flujos de inversión extranjera directa en Chile fueron de: 7.943 dólares en 2018, 13.579 dólares en 2019, 9.205 dólares en 2020, y 15.252 dólares en 2021⁶⁷. Como podemos apreciar, sólo en 2019 no existió correlación entre el monto de inversión extranjera directa y el crecimiento del país.

No obstante, lo anterior se explica por el menor dinamismo de la demanda interna y externa⁶⁸. En relación con la demanda interna, se esperaba un repunte en la actividad a partir del segundo semestre de 2019, pero el estallido social, iniciado en octubre, profundizó la desaceleración del consumo y de la inversión. En lo que se refiere a la demanda externa, la disminución del volumen de comercio internacional, junto con un menor precio del cobre, a causa de las tensiones comerciales entre China y los Estados Unidos, repercutieron en la caída de las exportaciones en comparación con 2018⁶⁹. Por tanto, aun así, la teoría previamente indicada, tiene validez.

Pero ¿cuál sería la causa detrás del fenómeno anterior? La razón vendría a ser que importa de sobremanera para la producción el capital físico, y el capital y la inversión dependen del

⁶⁴ Simon Kuznets, "Modern Economic Growth: Findings and Reflections," *American Economic Review* vol. 63, n°3, (1973): 247-258.

Susan Satterfield, "Livy and the Pax Deum" *Classical Philology* 111, n° 2 (2016): 170.

⁶⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Op. Cit. 1,

⁶⁶ Banco Mundial, "Crecimiento del PIB (% anual) – Chile" Consultado el 31 de Enero de 2023 <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=CL>

⁶⁷ InvestChile, "Inversión Extranjera en Chile 2021" (Santiago: 2021-2022), 1, <https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/reporte-ied-en-chile-a-marzo2022.pdf>

⁶⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe 2019 (Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2019): 1. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45000/111/BPE2019_Chile_es.pdf

⁶⁹ Ibid.

nivel del producto deseado. Por ende, *“mientras mayor es el producto deseado, mayor es el capital necesario y los agentes económicos querrán invertir más”*⁷⁰.

Si relacionamos esta información con Chile, podemos comprender por qué nuestro país se posiciona dentro de los tres primeros lugares en la recepción de IED, lo que puede relacionarse con la circunstancia de que, nuestro crecimiento, también se encuentra en los primeros lugares de las economías en la región⁷¹.

En segundo lugar, el tamaño del mercado es un factor decisivo a la hora de tomar la decisión de transferir capital a un país determinado⁷².

Entendemos por mercado *“al entorno donde se encuentran el producto o servicio y el consumidor”*⁷³. En otras palabras, *“es el conjunto de individuos y organizaciones de todo tipo que tienen, o pueden tener, una influencia en el consumo o utilización del producto en un determinado territorio geográfico”*⁷⁴. Por tanto, el tamaño del mercado dependerá de la cantidad de habitantes y empresas que consuman o utilizan un producto en una zona respectiva.

Un factor clave del tamaño del mercado dice relación con la cantidad de población de un país. Por ejemplo, Brasil tiene una población cercana a los 214 millones de habitantes, y ocupa el primer lugar en la región en recibir inversión extranjera directa. No obstante lo anterior, de acuerdo con los datos estadísticos, Chile está en segundo lugar, de países receptores, en entradas de inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe durante el 2022⁷⁵.

Por ende, este factor es considerado al momento de tomar la decisión de invertir o no en un lugar, pero no tendría tanta relevancia en comparación a las otras tres variantes. Tal como ocurre en el caso de nuestro país.

En tercer lugar, se encuentra el PIB per cápita, que vendría a representar *“el valor monetario de todos los bienes y servicios finales generados en el país o entidad federativa, que le*

⁷⁰ Igal Magendzo, “Determinantes de la Inversión en Chile,” Documentos de Trabajo del Banco Central de Chile, N° 303, (2004): 3. https://www.bcentral.cl/documents/33528/133326/bcch_archivo_139454_es.pdf/c923d15d-3f1c-cc78-977b-fa80d23738e3?t=1655149225370

⁷¹ Banco Mundial, “Crecimiento del PIB per cápita (% anual) - Latin America & Caribbean,” Consultado el 31 de Enero de 2023. <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.KD.ZG?locations=ZJ>

⁷² Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa, Op. Cit. 60.

⁷³ Ana Quintana Navarro, *Marketing estratégico* (Santiago: Dirección de Marketing, 2018): 2. http://accioneduca.org/admin/archivos/clases/material/analisis-de-mercado_1563825598.pdf

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, 2023* (Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2023): 27. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/9a7cc765-ac4e-40dc-b69d-4ffe3cc4508e/content>

*correspondería a cada habitante en un año dado si esa riqueza se repartiera igualmente*⁷⁶.

El PIB es importante *“porque da información sobre el tamaño de la economía y su desempeño”*⁷⁷. Es más, la tasa de crecimiento del PIB real se usa como indicador del estado de salud general de la economía. Lo anterior se representa de la siguiente manera: *“cuando el PIB real aumenta, la economía está funcionando bien. Cuando ese aumento es fuerte, hay probabilidades de que las empresas contraten más trabajadores y la gente tenga más dinero para gastar”*⁷⁸.

Si relacionamos esta condicionante con nuestro país, podemos advertir que Chile, de acuerdo con el Banco Mundial, en 2021, tuvo un PIB per cápita de 16.502,8 dólares siendo superado solamente por Uruguay, que alcanzó los 17.020 dólares⁷⁹.

Es decir, y en virtud de la cifra del PIB per cápita, es posible establecer que Chile, económicamente, está en un buen estado en relación con el resto de los países de la región.

En cuarto lugar, terminaremos mencionando el factor inflación de un país.

De acuerdo con Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa *“es posible observar cierta tendencia positiva en la IED cuando la inflación es controlada y se acerca a un dígito; caso contrario cuando el país tiene tendencia inflacionista alta, los flujos de inversión extranjera directa disminuyen”*⁸⁰.

En el caso de Chile, desde 1990, el Banco Central ha intentado mantener una tasa de inflación estable, sin que supere el 10%. Esto anterior es gracias a su política monetaria, conocido como metas de inflación, *cuyo objetivo es reducir primero y después mantener la inflación a un nivel bajo y de manera permanente*⁸¹. Para mayores detalles, la meta del Banco Central es: *“la inflación anual del Índice de Precios al Consumidor se mantenga la mayor parte del tiempo en*

⁷⁶ Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), Panorama Educativo de México: Indicadores del Sistema Educativo Nacional (Ciudad de México: Fondo Editorial INEE, 2009), 89. <https://www.inee.edu.mx/wp-content/uploads/2019/03/CS07-2009.pdf>

⁷⁷ Tim Callen, “¿Qué es el producto interno bruto?,” Finanzas y desarrollo: Publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial vol. 45, n°4 (2008): 48. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2008/12/pdf/basics.pdf>

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ “PIB per cápita (US\$ a precios actuales) - Latin America & Caribbean,” Banco Central Datos, accedí el 6 de Noviembre de 2022, <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=ZJ>

⁸⁰ Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa, Op. Cit. 65.

⁸¹ Macarena García, “Autonomía del Banco Central de Chile,” Serie Informe Económico, Libertad y Desarrollo, N° 281 (2019): 16. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/01/serie-informe-economica-281-diciembre.pdf>

torno a 3%, con un rango de tolerancia de +/- 1%”⁸². También estableció como objetivo que la inflación llegue a 3% en un horizonte de 24 meses, en conjunto con una política de tipo de cambio flexible.⁸³

A pesar de que este objetivo se ha logrado con éxito por años, el 2022 se generó una situación excepcional para el país, que dice relación con un aumento de la tasa de inflación del 12,8%⁸⁴, a raíz de diversos factores internos y externos que lo explican. Respecto de los factores internos, *se debe principalmente por los retiros previsionales y paquetes de ayuda fiscal; mientras que, respecto de los factores externos, esto se debe a la guerra en Ucrania y el cierre de los puertos chinos por la pandemia mundial aumentado fuertemente el precio de alimentos, energía y de transporte*⁸⁵.

Por tanto, la política monetaria llevada a cabo por el Banco Central ha sido fructífera hasta el reciente 2022, año en que, de forma excepcional, no se ha cumplido la meta dispuesta. Sin embargo, esto no quiere decir que los flujos de inversión extranjera directa dirigidos hacia el país necesariamente disminuyan, ya que el resto de las variables macro y microeconómicas, mitigan dicho descenso.

Basamos esta conclusión en lo aseverado por la agencia chilena encargada de captar inversiones, conocida como InvestChile la cual señala que *“el flujo de inversión extranjera directa (IED) recibido entre enero y octubre de este año alcanzó los US\$ 15.267 millones. El monto es un 27% superior al promedio de la serie histórica 2003-2022 y un 19% más alto que el promedio del último quinquenio. Asimismo, equivale al 100% de la IED recibida en 2021 (US\$ 15.252 millones)”*⁸⁶.

De esta forma, sumamos una variante más para explicar la gran recepción de IED por parte de inversores foráneos.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ INE (Instituto Nacional de Estadísticas Chile), “Boletín Estadístico: Índice de precios al consumidor,” Consultado el 31 de Enero de 2023. [https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/indice-de-precios-al-consumidor/boletines/español/2022/boletín-índice-de-precios-al-consumidor-\(ipc\)-diciembre-2022.pdf?sfvrsn=40a36f40_4](https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/indice-de-precios-al-consumidor/boletines/español/2022/boletín-índice-de-precios-al-consumidor-(ipc)-diciembre-2022.pdf?sfvrsn=40a36f40_4)

⁸⁵ Instituto Res Pública, 4 claves del aumento de la inflación (Santiago: Instituto Res Pública, 2022): 2. <https://www.respublica.cl/img/uploads/f9bd443a6f88dc002c38fe1f8debb856.pdf>

⁸⁶ InvestChile, “Inversión extranjera alcanza los US\$15 mil millones a octubre,” Consultado el 31 de Enero de 2023. <https://investchile.gob.cl/es/ied-chile-octubre-2022/#:~:text=Esta%20mañana%2C%20el%20Banco%20Central,el%20promedio%20del%20último%20quinqueni>o.

Ya analizados los factores macroeconómicos, toca revisar aquellos factores destinados específicamente al fenómeno de la inversión extranjera.

4.1.2. Variables especiales relacionadas a la inversión extranjera.

Según lo expresado por Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa, los inversionistas extranjeros atienden a la *“existencia de instituciones gubernamentales que estimulen las inversiones con políticas claras, ambiente favorable de negocios, y un marco legal que precise las condiciones en las cuales llegan las IED a cada uno de los países”*⁸⁷ para adoptar de la decisión de dónde invertir.

En primer lugar, y en relación con la existencia de instituciones gubernamentales que estimulen las inversiones con políticas claras, podemos advertir que, como adelantamos, en Chile, el organismo especial encargado de llevar a cabo dicha tarea es la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera, que emplea la denominación de InvestChile.

La Agencia es la continuadora y sucesora legal del antiguo Comité de Inversiones Extranjeras⁸⁸, con arreglo a la Ley N°20.848, de 2015. Es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y domiciliado en Santiago, que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15° de la mencionada regulación.

Su finalidad está establecida en el mismo artículo, que dispone *“el organismo debe promover y atraer el ingreso de todo tipo de capitales e inversiones del exterior, sin importar su monto, conforme a las facultades y atribuciones señaladas en esa normativa. En el ejercicio de tales atribuciones debe establecer las instancias de coordinación que le encomiende el Comité de Ministros y que sean necesarias para implementar la estrategia de fomento, velando por la coherencia de las acciones de promoción y atracción de las inversiones que realicen los gobiernos regionales”*

Por otro lado, el Presidente de la República también cumple un papel fundamental respecto a la política de inversión de nuestro país. En especial, respecto a establecer una estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera, la cual debe, con arreglo al artículo 10° de la Ley en análisis, abarcar las siguientes áreas:

⁸⁷ Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa, Op. Cit. 61.

⁸⁸ InvestChile, “Nuevo régimen en materia de inversión extranjera, Ley N°20.848” Consultado el 31 de Enero de 2023. <https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Minuta-Ley-20848.pdf>

“1) Promoción de inversión extranjera, en especial de sectores o negocios que tengan mayor potencial de desarrollo en Chile.

2) Acciones de posicionamiento de nuestro país a nivel internacional en cuanto a sus recursos y competitividad.

3) Facilitación de la colaboración entre inversionistas extranjeros y empresas nacionales para el desarrollo y ampliación de actividades productivas en el país.

4) Posicionamiento de nuestro país como centro de negocios e inversiones internacionales y plataforma global de acceso a otros mercados.

5) Promoción y facilitación de las actividades económicas y empresariales de la inversión extranjera en Chile.”

Por último, es necesario mencionar al Comité de Ministros para el Fomento y Promoción de la Inversión Extranjera, que se contempla en el artículo 12° de la ley en análisis, el cual debe:

“1) Proponer al Presidente de la República la estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera.

2) Definir, conforme a lo propuesto por la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera, los planes, programas y prioridades destinados a la implementación de la estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera.

3) Velar por la debida coherencia entre la estrategia de fomento y las medidas y acciones implementadas por la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera.

4) Velar por la coordinación de los distintos órganos del Estado vinculados a la implementación de la estrategia de fomento.”

En relación con lo anterior, es importante observar los resultados de la Agencia para aseverar que está realizando de forma correcta su tarea. Para ello, traemos a colación la opinión de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) respecto a InvestChile:

“La agencia de promoción de inversiones (API) de Chile, InvestChile, desempeña un papel clave en la promoción del país como destino atractivo para las inversiones y en la generación de contactos y proyectos de inversión que contribuyan al desarrollo sostenible. En los últimos años, InvestChile ha emprendido nuevas iniciativas para mejorar la calidad de sus actividades de promoción de la inversión y orientarse activamente a las empresas multinacionales extranjeras que contribuyen a la diversificación de la IED. La priorización de la IED con bajas

emisiones de carbono, intensiva en tecnología y de alto valor añadido se refleja en la cartera de clientes de InvestChile. En 2021, el 42% de los proyectos financiados con IED se concentraron en los servicios intensivos en conocimiento y en la industria tecnológica, seguidos por los sectores agroalimentario (18%) y energético (11%). En términos de valor, casi la mitad de las inversiones que recibieron apoyo se destinaron al sector de las energías renovables, al que siguieron el turismo y la minería. InvestChile podría estudiar formas de fortalecer sus actividades de promoción de la inversión en mercados clave en el extranjero para promocionar Chile como destino atractivo para la inversión, por ejemplo, estableciendo un pequeño número de oficinas en el extranjero en forma de "centros regionales" y reforzando los mecanismos de coordinación con la red internacional de oficinas de ProChile y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, el Gobierno de Chile podría estudiar cómo integrar mejor y racionalizar las actividades de promoción de la inversión y los sistemas de incentivos a fin de proporcionar un apoyo sistémico a las empresas extranjeras. Una orientación eficaz de la IED requiere una combinación de distintos tipos de instrumentos de política que apoyen a las empresas en cada etapa del proceso de inversión⁸⁹.

Asimismo, podemos observar el siguiente gráfico con los resultados de la Agencia desde 2017 a 2020 en relación con tres variantes: Número de proyectos, empleos y monto de inversión.



Fuente: InvestChile.

⁸⁹ OECD, Examen de la calidad de la Inversión Extranjera Directa (IED) en Chile: Impulsar el desarrollo sostenible y la diversificación, (Paris: OECD Publishing, 2023), 21.

Por tanto, es posible indicar a partir de las cifras aportadas, que Chile cuenta con una institución gubernamental que pareciera estimular las inversiones.

Ahora, Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa hablan también respecto al ambiente favorable de negocios como variable especial relacionada a la inversión extranjera⁹⁰.

Un ambiente favorable de negocios de un país se traduce “*en economías que cuentan, además de la posibilidad de exportar su producción en términos convenientes, con una fuerza laboral dotada con las habilidades necesarias, bajos costos, regulaciones y políticas económicas razonables y un ambiente económico y político propicio*”⁹¹. Por tanto, una jurisdicción tendrá un ambiente de negocios positivo si estos tres puntos se mantienen en el tiempo, y será negativo, cuando estas variables cambian constantemente.

En relación con la inversión extranjera, esta variable afecta, ya sea de forma positiva o negativa, en la decisión final de los inversores foráneos⁹². Esto, debido a que, si existe, por ejemplo, una crisis interna, de cualquier índole, donde prevalece la incertidumbre y falta de seguridad, estos sujetos estarán motivados para dar un paso al costado, y preferir otro destino para su inversión.

Chile se ha posicionado dentro de los países con menor riesgo y más estables, en relación con otros países de la región⁹³, ya que no ha presentado mayores problemas en lo económico, político y financiero de gravedad en la última década, según el índice de calificación del riesgo país de Bloomberg. La última cifra corresponde al cuarto trimestre de 2021, donde Chile obtuvo el segundo lugar con 52,79 puntos de 100, atrás de Perú. La razón de ello fue por la caída que sufrió el país en el ítem financiero y económico por los proyectos de retiro de fondos de AFP⁹⁴, y no por la crisis social interna producto del estallido social de 2018, como podríamos creer.

En base a estas cifras, podemos sostener que Chile es un país que cuenta con un ambiente favorable de negocios.

⁹⁰ Edgar Gil, Silvio López y Dorian Espinosa, Op. Cit. 61.

⁹¹ Mediante Decreto N°40, de 2019, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

⁹² José Ortiz Adame, *Factores que afectan a la inversión extranjera directa* (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2013): 107. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3540/9.pdf>

⁹³ La Tercera, “Chile ya no es el país más estable de la región de acuerdo a índice de Bloomberg y no es por el factor político,” Consultado el 1 de Febrero de 2023. <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/chile-ya-no-es-el-pais-mas-estable-de-la-region-de-acuerdo-a-indice-de-bloomberg-y-no-es-por-el-factor-politico/R22E16XMWZHFJOFLAX76C5XSEM/>

⁹⁴ Ibid.

Continuando con las variantes, nos queda por abordar el marco legal que permite a los inversionistas extranjeros confiar en un Estado receptor. Explicaremos este factor en el capítulo II de esta memoria.

4.2. Estadísticas de Chile en materia de Inversión Extranjera.

Ya explicadas las variantes de recepción de inversión extranjera en nuestro país, indicaremos algunas estadísticas respecto al fenómeno y su relación con Chile.

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, a 2021, Chile se ha posicionado a lo largo de los años, en el tercer país receptor de Latinoamérica con mayor inversión extranjera directa, sólo detrás de Brasil y México⁹⁵. En términos acumulados Brasil acumulaba a esa fecha la inversión latinoamericana más elevada en el mundo (con 277.454 millones de dólares), seguida de México (178.947 millones) y Chile (145.333 millones). No obstante lo anterior, si comparamos estas tres economías con relación a su tamaño económico (medido por el tamaño del PIB), Chile lidera la inversión acumulada exterior, a gran distancia del resto de países, seguido por Colombia y Brasil. Por el contrario, otras economías como Perú o Argentina cuentan con un tejido empresarial menos internacionalizado⁹⁶.

Asimismo, y trayendo a colación lo dicho precedentemente, si revisamos las cifras de nuestro país, en 2020 las entradas de inversión extranjera directa en Chile totalizaron 8.528 millones de dólares, cifra un 32,2% inferior a la de 2019, pero todavía mayor que la recibida en 2017 y 2018⁹⁷. Ahora, en 2021, las cifras recibidas se incrementaron en un 66% con respecto a lo registrado en 2020, y un 12% sobre lo recibido en 2019, destacándose, principalmente, el nivel de ingresos por participaciones en el capital, ya que representa la cifra más alta en la serie histórica⁹⁸.

⁹⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe" (Santiago: 2022), 30. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48520/3/S2200562_es.pdf

⁹⁶ Global LATAM 2021, "Series Inversión Extranjera" (Madrid: 2021), 12, <https://www.segib.org/?document=informe-global-latam-series-de-inversion-extranjera-2021>

⁹⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe" (Santiago: 2021), 56-57. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/47147-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-2021>

⁹⁸ InvestChile, "Inversión Extranjera en Chile 2021" (Santiago: 2021-2022), 1, <https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/reporte-ied-en-chile-a-marzo2022.pdf>

Gráfico 6: Flujos IED Anual en Chile 2003-2021



Fuente: Banco Central de Chile

En relación al 2022, la cifra de inversión extranjera directa que ha recibido nuestro país entre enero y noviembre, alcanzó los 16.850 millones de dólares⁹⁹. InvestChile indica que el monto es “11% mayor a lo acumulado en igual período de 2021 y un 24% más alto que el promedio del último quinquenio (13.622 millones de dólares)”¹⁰⁰. Asimismo, el monto representa “más del 100% de la inversión extranjera ingresada al país en todo el 2021 (15.252 millones de dólares)”¹⁰¹.

Para mayores detalles, InvestChile indica que este aumento se debe a tres factores. En primer lugar, a las participaciones en el capital que acumuló un monto de 7.789 millones de dólares en el período. En segundo lugar, a reinversión de utilidades que alcanzó un monto de 6.100 de dólares millones. Y, en tercer lugar, a los instrumentos de deuda acumularon un monto de 2.961 millones de dólares, monto inferior al registro al mes de octubre 2022 (3.914 millones de dólares), debido al pago de deuda relacionada¹⁰².

5. Recapitulación preliminar.

Como pudimos apreciar, nuestro ordenamiento jurídico no contempla una definición puntual de inversión extranjera, sin perjuicio de contemplar un listado de distintos canales a través de

⁹⁹ Banco Central, Boletín Estadístico 23 de enero 2023 vol. 90, n°1224 (2023): 70. <https://www.bcentral.cl/documents/33528/133431/BE20230123.pdf/6fd70a7c-ef71-29b2-3e3a-db0cf8f19e7f?t=1674241288723>

¹⁰⁰ InvestChile, “Inversión extranjera alcanza los US\$ 16.850 millones a noviembre,” Consultado el 1 de Febrero de 2023. <https://investchile.gob.cl/es/ied-noviembre-2022/>

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid..

la cual ésta se puede materializar. Este escenario permite concebir a la inversión foránea de un modo amplio y dinámico.

Asimismo, revisamos qué se entiende por la concepción económica de inversión extranjera, como también los distintos tipos de inversión que existen en nuestro país, siendo en primer lugar, la inversión extranjera directa, y, en segundo lugar, la inversión extranjera indirecta. Agregamos en aquel momento que, para el objetivo de esta memoria, se haría uso meramente del primer tipo de inversión.

Con posterioridad, nos adentramos en la inversión extranjera en Chile. Hicimos un repaso de cómo era percibida la inversión antes y después de la década del 70, siendo antes de aquella época una percepción generalmente negativa, que se materializaba en el acceso de forma muy limitada de capitales extranjeros a suelo nacional, versus la percepción post 73, que se materializó en la eliminación de las barreras económicas y comerciales que nos separaban del mundo y el posicionamiento de Chile en el ámbito internacional. Esto último implicó que nuestro país empezara a suscribir una serie de tratados internacionales, de los cuales nombramos y describimos los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI), y los Tratados de Libre Comercio (TLC).

Ya llegando al final de este capítulo, comparamos la situación de Chile en relación con otros países de la región (América Latina). En aquel análisis, descubrimos que Chile está en la cumbre de países con mayor recepción de inversión extranjera directa en el área, gracias a una serie de variables macroeconómicas y especiales que los inversores foráneos observan a la hora de invertir su capital.

Finalmente, vimos algunas estadísticas de nuestro país respecto a la inversión extranjera. Al respecto, observamos que la inversión extranjera ha ido en aumento a lo largo de los años, sólo yendo a la baja en 2020, año de la pandemia mundial que azotó la economía global.

A continuación, y ya revisados los fundamentos principales de la inversión extranjera desde un punto de vista conceptual, y también aplicados los mismo a Chile, pasaremos a analizar el marco constitucional de nuestro país.

CAPÍTULO II: MARCO CONSTITUCIONAL: PROTECCIÓN Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980 PARA LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.

1. La Constitución Política de la República de 1980: Una Constitución con un marcado sesgo económico.

Como bien sabemos, durante el periodo de la dictadura castrense, se redactó una nueva Carta Magna para nuestro país, dejando atrás la Constitución Política de 1925, que estaba en vigor.

La redacción de una nueva Constitución Política era importante para el régimen por distintas razones estratégicas:

En primer lugar, porque en ella se establecen los lineamientos que regirían a nuestro país en un futuro. Los cuales irían en concordancia con el pensamiento de los altos mandos de aquella época¹⁰³.

Asimismo, y para que no fuera posible modificar lo prescrito de forma simple por los gobiernos venideros, se estableció en el mismo texto, un *quorum* alto para su reforma correspondiente a 3/5 y 2/3 de diputados y senadores en ejercicio, respectivamente.

En segundo lugar, y en consecuencia de lo anterior, en razón de que todas las leyes que se promulguen en un futuro, en cualquier ámbito, quedaban sujetas sustantivamente a la Carta Fundamental. En caso contrario, estas serán consideradas inconstitucionales. De esta forma, el marco jurídico será uno solo.

Esto representa un fiel reflejo de la pirámide de Hans Kelsen que, a través de su teoría de la jerarquía, *“expresa la prelación de normas, que debe respetarse, para fines de sometimiento de normas de inferior alcance o referencia, con normas más generales o de carácter más amplio”*¹⁰⁴.

Ahora, una característica que diferencia a la actual Constitución de aquellas previas que rigieron a nuestro país es su marcado sesgo económico. ¿Será esto normal? ¿O Chile es un caso especial?

El actual Ministro de Hacienda, Mario Marcel, indicó en su momento que *“la mayor parte de las Constituciones modernas contienen disposiciones de carácter económico. Esto es*

¹⁰³ Roberto Pizarro Hofer, “Chile: rebelión contra el Estado subsidiario” *Trimestre Económico* vol. 87, n° 346 (2020): 339. <https://www.scielo.org.mx/pdf/ete/v87n346/2448-718X-ete-87-346-333.pdf>

¹⁰⁴ Mario Galindo Soza, “La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico,” *Revista Jurídica Derecho* vol. 7, n° 9 (2018): 126. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200008&lng=es&tlng=es.

expresión de la evolución del constitucionalismo a través de los años. Mientras en sus inicios las Cartas Fundamentales eran concebidas principalmente para fijar las bases de la organización del Estado, estableciendo la separación de poderes y garantizando a las personas los derechos fundamentales para hacer frente al poder del gobernante, posteriormente éstas fueron incorporando nuevas materias, instituciones y derechos, entre las que se encuentran aquellas de carácter económico”¹⁰⁵.

Por ende, el rasgo económico que caracteriza a nuestra Constitución no constituye un aspecto nunca antes visto si se le compara con textos supremos de otros Estados, sino que se amolda a lo hecho por el resto de los países del mundo.

Pero, y antes de entrar a analizar puntos más álgidos respecto a este tema, debemos saber qué entendemos por Constitución Económica. En relación a ello, al día de hoy entendemos dicho concepto como *“fruto de la emergencia histórica que se da, principalmente tras la segunda guerra y fruto de una reacción a un liberalismo radical propio del siglo XIX”¹⁰⁶*. Asimismo, es menester mencionar que existe *“una distinción que realizan algunos entre una Constitución económica formal y otra material, en que la primera se refiere al orden constitucional expreso en materias económicas y la segunda es el sistema complejo que relaciona a la economía con el derecho”¹⁰⁷*. Sin embargo, *“el concepto de Constitución económica, también podría ser entendido como sinónimo de ‘orden económico’, ‘sistema económico’ o ‘modelo económico’, en que más que un contenido y ordenación sistemática de la Constitución, son determinados tópicos que conectan a la economía con el derecho, entre los que destacan ciertos derechos y la cuestión de si una Constitución es neutra frente a un determinado modelo”¹⁰⁸*.

Ahora, se infiere que, uno de los objetivos del régimen castrense, fue asentar una base económica determinada en el texto constitucional, en virtud de la gran cantidad de principios y preceptos económicos que podemos percibir.

¹⁰⁵ Mario Marcel, “Constitucionalismo Económico y la Autonomía Institucional del Banco Central de Chile.” Documentos de Política Económica, n°62 (2017): 2. https://www.bcentral.cl/documents/33528/133323/DPE_62.pdf/4bf34437-fea7-743c-c0ca-acc46970f6d5?t=1697652809273

¹⁰⁶ Christian Viera Álvarez, “Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena” *Revista de Derecho Público*, n° 71 (2009): 88. [https://scholar.google.com/scholar_lookup?title=Consideraciones+acerca+de+una+Constitución+Económica.+Hacia+una+reinterpretación+de+la+Constitución+Económica+chilena"&author=Viera+C.&publication_year=2009&journal=Revista+de+Derecho+Público&issue=71](https://scholar.google.com/scholar_lookup?title=Consideraciones+acerca+de+una+Constitución+Económica.+Hacia+una+reinterpretación+de+la+Constitución+Económica+chilena)

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid., 89.

Pero ¿es esto negativo? Existe discusión respecto a si es necesario o no la inserción de los principios económicos en la Carta Magna de un país. Sin embargo, y como dijimos anteriormente, muchas Constituciones del mundo exhiben su inclusión, integrando los principios económicos más significativos, ya que *se reconoce que lo económico y social son variables decisivas en el funcionamiento adecuado del sistema político y que, por lo tanto, no cabe sino integrar estos elementos a nivel constitucional*¹⁰⁹.

Volviendo a los principios económicos establecidos en la Constitución Política de 1980, el más relevante y que representa de mejor forma este sesgo económico, es el de subsidiaridad del Estado, el cual, se ha sostenido que está plasmado en el artículo 19° numeral 21 inciso 2 de nuestra Constitución, el cual prescribe que: *“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”*.

Por tanto, este principio *“operaría como un límite constitucional respecto de las decisiones legislativas o administrativas que autoricen la intervención del Estado regulador o empresario, y además operaría como un fundamento constitucional del Estado social”*¹¹⁰.

Así, el principio en cuestión opera en dos sentidos. Uno negativo y otro positivo. El primer sentido *operaría negativamente impidiendo la intervención del Estado en aquellas áreas de la vida económica donde los privados estén satisfaciendo adecuadamente las necesidades asociadas, y además hermenéuticamente mandatando que cualquier intervención empresarial o regulatoria autorizada por el ordenamiento jurídico sea interpretada restrictivamente. Mientras que operaría positivamente como un fundamento constitucional de intervención del Estado en funciones de prestación o regulación en aquellas áreas de la vida económica donde los privados estén operando deficitariamente*¹¹¹.

Es de esta forma que, este principio marca un antes y después a la hora de establecer el sistema económico imperante de nuestro país en el texto constitucional.

¹⁰⁹ Arturo Yrarrázabal Covarrubias, “Principios económicos de la Constitución de 1980” *Revista Chilena de Derecho* vol. 14, n°1 (1987): 97.

¹¹⁰ Rodrigo Vallejo Garretón, “La Constitución Económica Chilena: Un ensayo en (de) construcción” *Estudios Constitucionales* vol. 14, n°1 (2016): 252.

¹¹¹ *Ibid.*

Ciertamente, como consecuencia del principio de subsidiaridad principalmente, se construyen bases para el sistema económico de mercado.

¿Qué entendemos por este primer sistema? Implica, de acuerdo con Arturo Irarrázabal: *“la toma de decisiones por millones de unidades económicas, con un régimen de propiedad principalmente privado, con mercados y precios activos y dinámicos, y con una planificación indicativa para el sector privado e imperativa para el sector público”*¹¹².

Por tanto, y de acuerdo con lo recién planteado, nuestra Constitución va más allá de simplemente sentar los principios básicos de un Estado de Derecho contemporáneo, como son el de separación de poderes, el de legalidad, etc., o establecer los derechos sociales mínimos a respetar; sino que en ella se puede apreciar la configuración del modelo económico que pretende que impere.

Pero no sólo el principio de subsidiariedad instauró el modelo de mercado, sino que podemos mencionar otros dos ejes que también serían fundamentales. Estos vendrían a ser el derecho de propiedad privada, contemplado en el artículo 19° numeral 24; y el principio de libertad económica, previsto en el inciso primero del anotado artículo 19° numeral 21.

En efecto, la Constitución asegura a todas las personas -con arreglo al artículo 19° numeral 24 inciso 1 y 2-: el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Además, 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.

Por otra parte, -con arreglo al artículo 19° numeral 21 inciso primero- la Constitución asegura a todas las personas *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.*

Ahora, es menester mencionar que todos estos principios forman parte de un conglomerado mayor que los aglutina, el Orden Público Económico.

¹¹² Arturo Yrarrázabal Covarrubias, Op. Cit. 98.

De acuerdo con Eduardo Soto Kloss, se entiende por Orden Público Económico al *“conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”*¹¹³.

José Luis Cea clasifica las normas que pertenecen al Orden Público Económico en grandes grupos, dentro de los cuales destacamos:¹¹⁴

En primer lugar, se habla de las normas que tienen relación directa con el artículo 19° numeral 23 de la Constitución, esto es *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*.

Como podemos observar, este numeral garantiza la posibilidad de que toda persona pueda acceder a la propiedad de los bienes, ya sea muebles o inmuebles, corporales o incorporales. No obstante esta regla, se establecen dos excepciones: aquellos comunes al hombre; y aquellos que pertenezcan a la Nación.

En segundo lugar, están *“Las reglas que establecen las normas básicas de la gestión económica de los ciudadanos y de los órganos del Estado, teniendo como principios cardinales la finalidad del bien común y la igualdad de oportunidades entre los sujetos económicos”*¹¹⁵.

La base de esta agrupación se encuentra en los incisos cuarto y quinto del artículo 1° de la Constitución, en virtud de que ahí se expresa: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

¹¹³ Eduardo Soto Kloss, “La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile” *Ius Publicum* n°1 (1999): 121.

¹¹⁴ José Luis Cea Egaña, Tratado de la Constitución de 1980, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988), 157-158.

¹¹⁵ Ibid.

Asimismo, forma parte de esta categoría lo prescrito en el artículo 19° numeral 21 respecto a la libertad económica de toda persona; el numeral 16, que contempla la libertad de trabajo y su protección, la libre contratación y elección del trabajo, el derecho a la negociación colectiva y la huelga; y los numerales 9 y 18, que protegen el derecho a la salud y a la seguridad social, respectivamente.

En tercer lugar, encontramos *las normas que establecen concretamente las potestades, obligaciones y prohibiciones del Estado en la economía*¹¹⁶. Entre ellas nombraremos dos de las más importantes: Artículo 19° numeral 20 relativa a la igual repartición de los tributos; y el artículo 19° numeral 24 sobre expropiación e indemnización respectiva.

Ahora, con todo lo dicho respecto al carácter relevantemente económico de nuestra Constitución, ¿tiene ello alguna incidencia en el objeto de estudio de esta memoria, la inversión extranjera? Nuestra tesis inicial es afirmativa, porque creemos que el texto constitucional, y la legislación que se dictó con posterioridad a su publicación, estimuló que los inversionistas extranjeros eligieran a Chile como destino habitual para invertir. Esto último se fundamenta en que la Constitución Política aporta certeza a los actores, en el entendido que brinda una serie de garantías que podrán hacer valer ante cualquier vulneración cometida en su contra, con la finalidad de restablecer el estado de Derecho.

Ya advertido lo anterior, podemos empezar a analizar el sistema jurídico de nuestro país, partiendo por las protecciones y garantías existentes en la Constitución, en relación con los inversionistas extranjeros.

2. Protección y garantías de los inversionistas extranjeros en la Constitución.

La regulación constitucional de la inversión extranjera estaría en ciertos derechos y garantías, como el: *reconocimiento de los cuerpos intermedios; la igualdad jurídica; la libertad de asociación; la libertad económica y limitación del Estado empresario; la no discriminación arbitraria en materia económica; el derecho a la propiedad; el derecho de propiedad; y la limitación de la regulación legislativa.*¹¹⁷

En breve, analizaremos cada uno de ellos.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Roberto Mayorga, Joaquín Morales y Rodrigo Polanco, Op. Cit., 30-40.

2.1. Reconocimiento de los cuerpos intermedios.

En primer lugar, encontramos el reconocimiento de los cuerpos intermedios. El artículo 1° inciso tercero de la Carta Fundamental dispone que *“el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*.

La doctrina y la jurisprudencia ha entendido por cuerpos intermedios a las agrupaciones *“voluntariamente creadas por la persona humana, ubicadas entre el individuo y el Estado, para que cumplan sus fines específicos a través de los medios de que dispongan, con autonomía frente al aparato público”*¹¹⁸. Por tanto, vendrían a ser todas aquellas entidades, con o sin personalidad jurídica, no creadas por el Estado.

Ahora, ¿por qué hablamos de este precepto? Porque se relaciona directamente con la inversión extranjera directa, en especial respecto de una de sus formas de materialización en suelo nacional correspondiente a la empresa, ya sea a través de la creación de este cuerpo intermedio en nuestro país, o a través de la transferencia de capital para el funcionamiento de ella.

Es en razón de lo anterior que su reconocimiento en el texto constitucional representa una garantía para el inversor foráneo, porque el Estado les asegura la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines, según el precepto referido.

2.2. Igualdad ante la ley.

Esta regla se encuentra en el artículo 19° numeral 2° de la Constitución, que dispone que *“en Chile no hay persona ni grupo privilegiados... Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

Este precepto cobra relevancia para la inversión extranjera, pues es *“aquella igualdad jurídica que impide que se establezcan excepciones o privilegios arbitrarios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”*¹¹⁹. A priori, y de acuerdo con esta interpretación, no sería posible que el Estado conceda beneficios a los inversores foráneos, que no se les otorguen también a los empresarios nacionales, por ejemplo.

Sin embargo, muchas veces ocurre que la ley nacional, con la finalidad de incentivar el emprendimiento desde el exterior, ha establecido una serie de beneficios, como lo podrían ser

¹¹⁸ Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional, “Repertorio Constitucional,” Consultado el 12 de Noviembre de 2022, <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Doctrinas--129--Inciso>

¹¹⁹ Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, *Derecho Constitucional* Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 142.

exenciones tributarias, preferencias, etc., situación en la cual constatamos que, si bien existen diferencias, ellas no son arbitrarias, puesto que, en estricto rigor los sujetos beneficiarios no se encuentran en una misma posición.

En efecto, el profesor José Luis Cea interpreta el precepto constitucional de la siguiente forma: *“la ley y las autoridades están facultadas para establecer diferencias que no son arbitrarias, es decir, que sean justas. Eso es, exactamente, lo que la disposición significa, pues la igualdad no consiste en que todos, y en todo, sean idénticos, sino que la ley trate igual en lo que son parecidos o iguales, y los trate desigualmente en aquello que los sujetos o circunstancias sean diferentes”*¹²⁰.

A partir de esta interpretación, podemos concluir que el Estado podrá establecer diferencias que sean justas en materia de inversiones, sin infringir en ningún momento el principio en cuestión, pero únicamente si la distinción está basada en un criterio de justicia y equidad, porque en caso contrario, estaríamos frente a infracción a la Carta Fundamental.

Entendido lo anterior, es necesario mencionar que esta garantía se encuentra también en los múltiples tratados de libre comercio firmados por Chile, por ejemplo, en el acuerdo con Brasil, en su artículo 8.5., se indica lo siguiente: *“Sujeto a sus leyes y regulaciones vigentes al momento en que la inversión es realizada, cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, en lo referente a la expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio”*.

Como ya vimos en el capítulo I, este tipo de cláusulas llevan el nombre de “Trato nacional” y se refieren siempre al igual trato que debe existir entre nacionales y extranjeros en situaciones similares, respecto de los Estados que firmaron aquel tratado de libre comercio.

Por ende, la finalidad de este tipo de cláusulas es no permitir el trato discriminatorio por parte del Estado en donde se lleva a cabo el emprendimiento entre inversionistas extranjeros y nacionales.

Esto último se encuentra respaldado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que recomienda, como forma de aumentar la inversión extranjera por parte de

¹²⁰ José Luis Cea Egaña, “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II: Derechos, Deberes Y garantías” (Santiago: Ediciones Universidad Católica De Chile, 2004): 281-283.

los distintos países, ofrecer un marco jurídico no discriminatorio respecto de los inversionistas nacionales¹²¹.

Esta prerrogativa también se encuentra respaldada en el artículo 9° de la ley 20.848, que reconoce el principio de trato nacional¹²² al indicar que *“los inversionistas extranjeros se sujetarán al régimen jurídico común aplicable a los inversionistas nacionales, sin que pueda discriminarse arbitrariamente respecto de ellos, sea de manera directa o indirecta”*.

Teniendo en cuenta lo previamente señalado, podemos indicar que el precepto constitucional “igualdad ante la ley” es una garantía que puede hacer valer un inversor foráneo ante el Estado chileno, en caso de que este último cometa alguna acción u omisión que afecte directamente aquel principio, como podría ser el establecimiento de un tributo que no sea justo ni equitativo, en comparación con los inversionistas nacionales.

Como veremos más adelante, al ser una garantía prevista por la Constitución, el inversor foráneo podrá hacer uso de una acción jurisdiccional para detener cualquier vulneración a aquel derecho.

2.3. Libertad de asociación.

La libertad de asociación está prevista en el artículo 19° numeral 15 de la Constitución que asegura a todas las personas *“El derecho de asociarse sin permiso previo”*

Como ya vimos en el punto 2.1, los inversionistas extranjeros pueden crear sus propias empresas en suelo nacional, o transferir sus capitales a empresas nacionales ya activas, para realizar su inversión y lograr alguna utilidad. Para efectuar lo anterior, es adecuado que el Estado establezca, con claridad, que las personas puedan libremente decidir formar aquella figura económica, sin necesidad de autorización previa.

Ahora, una empresa, al ser también una figura jurídica correspondiente a una sociedad, requiere una personalidad jurídica respectiva. La Constitución indica que *“para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.”* Por ende, la empresa, dependiendo de la forma jurídica que asuma, deberá cumplir con los requisitos que la ley exija específicamente.

¹²¹ Jaime Gallegos Zúñiga, “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile” *Revista Tribuna Internacional*, vol. 5 n°9 (2016): 37. <https://doi.org/10.5354/rti.v5i9.41958>

¹²² *Ibid.*, 40.

2.4. Libertad económica y limitación del Estado empresario.

En cuarto lugar, resulta importante señalar el numeral 21 del artículo 19° de la Constitución, que establece la posibilidad de que los agentes privados, y el Estado, participen del desarrollo de actividades económicas, señalando asimismo las limitaciones al ejercicio de este derecho.

El inciso primero asegura el *“derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.”*

La doctrina y jurisprudencia ha entendido este precepto constitucional de la siguiente forma: *“toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen.”*¹²³

Como podemos observar, estamos frente a una garantía muy importante para el inversor foráneo. En virtud de que ella está enfocada desde el punto de vista de los privados, toda vez que el inciso segundo establece la posibilidad de que el Estado desarrolle actividades económicas sólo cuando sea autorizado por una ley de quórum calificado. Por ende, esta última oportunidad no será la regla general, y a diferencia de la Constitución Política de 1925, aquí *“se consagra la subsidiaridad del Estado como eje articulador del nuevo modelo de desarrollo chileno, en el que los derechos sociales se transforman en bienes de consumo y el Estado se desentiende de sus responsabilidades históricas”*¹²⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, al Estado se le permite excluir a los particulares de ciertas actividades económicas. Esto quiere decir que el Estado puede reservarse ciertas actividades económicas limitando el ingreso de privados. Un ejemplo de este nivel de intervención sería la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), donde sólo el Estado puede ejercer la facultad de explotar los yacimientos petrolíferos, pero no solo a través de ENAP directamente, sino que

¹²³ Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional, Op. Cit.

¹²⁴ Emmanuel Fariás Carrión y Juan José Moreno Figueras, “Estado subsidiario: Límites y proyecciones de la democracia territorial en Chile” *Revista temas sociológicos*, n°19 (2015): 111.

también a través de concesiones administrativas a terceros, o bien mediante Contratos Especiales de Operación Petrolera¹²⁵,

Así lo indica el artículo 1° del DFL 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618, y que crea la Empresa Nacional del Petróleo: *“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los depósitos de hidrocarburos en cualquier terreno en que se encuentren”*.

Asimismo, el artículo 2° inciso sexto del mismo DLF expresa que ENAP *“podrá ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, dentro o fuera del territorio nacional, ya sea directamente o por intermedio de sociedades en las cuales tenga participación o en asociación con terceros. Si ejerciere dichas actividades dentro del territorio nacional por intermedio de sociedades en que sea parte o en asociación con terceros, deberá hacerlo 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 en el respectivo decreto supremo”*.

Por otro lado, desde la dimensión de la inversión extranjera, el Estado de Chile, a través de la implementación de leyes regulatorias sobre la materia, ha propendido a otorgar amplias libertades a los inversionistas extranjeros para desarrollar diversas actividades económicas, cuestión que ha contribuido en gran medida para el desarrollo económico y tecnológico del país. A continuación, indicaremos sucintamente alguna normativa relativa a lo recién descrito.

En primer lugar, el Decreto Ley n°600, de 1974, Estatuto de la Inversión Extranjera, *‘que permitía a los inversionistas extranjeros firmar con el Estado de Chile un contrato de inversión extranjera, accediendo, entre otros, a beneficios de invariabilidad tributaria.*¹²⁶

En segundo lugar, la ya nombrada ley n° 20.848, de 2015, que establece el marco para la inversión extranjera directa en Chile y crea la institucionalidad respectiva, y recoge también la garantía de libertad económica, fomentando la colaboración con inversionistas extranjeros, promocionando y facilitando las actividades económicas y empresariales de la inversión extranjera (en particular en sectores que tengan mayor potencial de desarrollo), buscando posicionar al país como un centro de negocios e inversiones internacionales mediante la

¹²⁵ Claudio Agostini y Eduardo Saavedra, *La Industria del Petróleo en Chile* (Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2019), 29. <https://fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/07/inv219.pdf>

¹²⁶ Víctor Soto Martínez, “Regulación normativa para inversionistas y proveedores locales en la industria minera” Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones (2023), 8. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35425/1/Minuta_100_23_Normativa_minera_proveedores_e_inversionistas_locales.pdf

creación de “estrategias de fomento y promoción de la inversión extranjera” de parte del Presidente de la República, con la asesoría de un Comité de Ministros, tal como lo indican sus artículos 10 y 12 de la misma ley.

2.5. No discriminación arbitraria en materia económica.

Este precepto se vincula directamente con el numeral segundo del artículo 19 ya analizado, en razón de que ambos hablan sobre la igualdad ante la ley, sólo que, en este caso, se refiere a la igualdad que debe existir en materia económica.

En específico se plasma en el numeral 22 del artículo 19 de la Constitución, que establece una limitación al Estado, en el sentido de que establece *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”*.

Ahora, ¿este numeral llama a no discriminar sin excepción alguna? Resulta importante señalar que esto no significa que no se pueda discriminar¹²⁷, ya que el inciso segundo de este numeral indica que: *“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”*.

El Tribunal Constitucional ha expresado a lo largo de los años los criterios que permiten determinar si una diferencia de trato es admisible, o más bien constituye una discriminación. Entre ellos, podemos nombrar los siguientes: Criterio de razonabilidad, de objetividad y de proporcionalidad de acuerdo con la finalidad perseguida por el legislador¹²⁸.

Para mayores detalles, la doctrina entiende que es *“la prohibición que se impone al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar en materia económica, esto es, de efectuar diferenciaciones o distinciones, realizadas ya por el legislador, ya por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos o agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Este derecho limita la intervención del Estado en la vida económica nacional, pues la Constitución prohíbe otorgar privilegios o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción*

¹²⁷ Arturo Irarrázaval Covarrubias, *Manual de Derecho Económico* 2° ed. (Santiago: Ediciones UC, 2019), 39.

¹²⁸ Iván Díaz García, “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional” *Revista Chilena de Derecho* vol. 40, n°2 (2013). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200011

*o diferenciación entre las actividades económicas que no tenga como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad*¹²⁹.

Ahora, desde el punto de vista de la inversión, podemos señalar que la ley nacional, con el objeto de generar interés en los inversionistas extranjeros, otorga ciertos beneficios a estos, dejándolos en mejor posición que los inversionistas nacionales, pero de forma sumamente excepcional. Sin embargo, para equilibrar esta situación de desventaja, también establece ciertas limitaciones a los inversionistas extranjeros.

En concreto, en su momento, el Decreto Ley n° 600, de 1974, establecía en su artículo 9° 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”*, pero estableciendo una excepción en el artículo 11, por cuanto se *podían establecer fundadamente normas aplicables a las inversiones comprendidas en esa regulación, que limiten su acceso al crédito interno.*

En el mismo sentido, la ley n°20.848, en su artículo 9°, prohíbe la discriminación arbitraria, sea directa o indirecta, de los inversionistas extranjeros, sujetándolos al régimen jurídico común aplicable a los inversionistas nacionales. A mayor abundamiento, este artículo indica expresamente que *los inversionistas extranjeros deben sujetarse al régimen jurídico común aplicable a los inversionistas nacionales, sin que pueda discriminarse arbitrariamente respecto de ellos, sea de manera directa o indirecta”*.

La materialización de este principio se puede observar en los distintos beneficios que se conceden a los inversionistas por parte del Estado de Chile, ya sean estos extranjeros o nacionales, no haciendo distinción en cuanto a su origen. A continuación, nombraremos algunos de ellos.

En primer lugar, y en relación con la inversión en investigación y desarrollo, la ley n° 20.241, de 2008, establece un beneficio tributario para aquellas empresas que transfieren sus capitales a esta área de forma directa, o mediante el apoyo de terceros, cuyo resultado es *“el derecho a un crédito tributario que permitirá a tales empresas rebajar hasta un 35% de los recursos destinados a actividades de I+D del total del impuesto de primera categoría que paguen. Además, el monto restante de la inversión y que no constituye crédito (el 65% del valor*

¹²⁹ Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional, “Repertorio Constitucional,” Op. Cit.

certificado) podrá rebajarse por la empresa como gasto necesario para producir renta, independientemente de su giro”¹³⁰.

En segundo lugar, y en relación con la inversión en zonas extremas de nuestro país, la ley n° 20.655 establece ciertos incentivos para aquellos inversionistas que deciden transferir su capital a ciertas regiones de nuestro país consideradas extremas. La finalidad de estos beneficios se basa en promover el desarrollo más acelerado de determinadas regiones del país¹³¹.

Los de mayor relevancia vendrían a ser dos: Por un lado, los créditos tributarios a inversiones específicas cuyo porcentaje va desde 10% hasta un 40% del monto invertido en la región, pudiendo ser rebajado del impuesto de primera categoría del contribuyente. Y por el otro lado, una bonificación a la mano de obra, cuyo efecto es el pago al empleador de una suma equivalente al 17% de las remuneraciones imponibles¹³².

En tercer lugar, en relación con el DFL N°15, de 1981, se establece un subsidio a la inversión consistente en *“una bonificación a las inversiones productivas de pequeños y medianos inversionistas cuyas ventas anuales no excedan de UF 40.000, equivalente al 20% del monto de la inversión”*¹³³.

A contrario sensu de lo recién expuesto, también es posible observar ciertos beneficios, pero ahora dirigidos exclusivamente a inversionistas extranjeros. El caso de mayor claridad es en relación con la posibilidad de acogerse al régimen de invariabilidad tributaria. Esto último se encontraba establecido en el ya derogado Decreto Ley n°600, y su finalidad era incentivar la entrada de capitales extranjeros a suelo nacional¹³⁴.

Por tanto, mediante estos ejemplos podemos evidenciar el establecimiento del principio de no discriminación arbitraria, al prohibir al Estado de Chile establecer diferencias o tratos discriminatorios hacia los inversionistas de los otros países y, asimismo, al permitir el

¹³⁰ Blog InvestChile, “Cómo Invertir en Chile: Incentivos a la inversión extranjera en Chile,” Consultado el 18 de Noviembre de 2022, <http://blog.investchile.gob.cl/bloges/incentivos-inversion-extranjera-chile#:~:text=La%20ley%20chilena%20establece%20un.apoyo%20de%20terceros%2C%20asi%20como>

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ InvestChile, Cómo Invertir en Chile: Capítulo II: Incentivos a la Inversión, (Santiago: InvestChile, actualizado el año 2021), <https://tools.investchile.gob.cl/como-invertir-en-chile/incentivos-a-la-inversion?hsCtaTracking=32f79a09-a763-44a2-84a9-430f040f6844%7Cbda92a6f-ad19-4f9a-ba22-a8f614de335a>

¹³⁴ El Mercurio, “El 20 de enero vence plazo para que inversionistas extranjeros soliciten invariabilidad tributaria con tasa de 44,45%,” Consultado el 5 de enero de 2023. <https://portal.nexnews.cl/showN?valor=dat90>.

establecimiento de ciertos beneficios no-arbitrarios para estos, con el objeto de propender a la inyección de capital extranjero.

Como podemos observar, aquí también estamos ante una garantía del inversor foráneo. Y como tal, podrá hacer valer la acción respectiva cuando esté frente a una vulneración de dicho derecho.

2.6. Derecho a la propiedad.

El derecho a la propiedad se encuentra establecido en el numeral 23 del artículo 19 de la Carta Magna, el cual reconoce 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”*.

Además, agrega en su inciso segundo lo siguiente: *“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”*.

La doctrina ha entendido que este numeral *“establece el derecho a ser propietario, el derecho a adquirir el dominio de bienes para poder incorporarlos al patrimonio privado”*¹³⁵. No obstante lo anterior, también se previene que el Estado no se obliga como meta a que toda persona tenga un bien, sino que más bien, a través de la adquisición de estos bienes, satisfagan sus necesidades personales. Es en razón de lo anterior que *“la norma constitucional sólo permite que si una persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, persiga o no fines de lucro, desea obtener algún bien, esta posibilidad no se le obstaculice sin razones valederas”*¹³⁶.

Con respecto a la inversión extranjera, esta garantía no requiere mayor desarrollo, ya que como recién explicamos, por medio de ella, *“se impide al legislador imponer exigencias para adquirir determinados bienes que no respondan al interés nacional y por ley de quórum calificado, y en caso alguno se puede afectar en la esencia el derecho de apropiación, según lo establecido en el numeral 26 del artículo 19”*¹³⁷.

¹³⁵ Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional, Op. Cit.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Jaime Gajardo Falcón, “El derecho de propiedad privada en la Nueva Constitución,” *Contexto* (Centro de Derechos Humanos UDP: Facultad de Derecho), (2023), 2. https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Contexto_CDH-minuta_elderechodepropiedad.pdf

2.7. Derecho de propiedad.

La garantía constitucional está establecida en el inciso primero del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, que *asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*

En contraposición a la Constitución de 1925, la Carta de 1980 reforzó y ahondó en mayor medida en el derecho de propiedad, esto en razón de que se le otorgó a esta última una función social que no se agota en simplemente la utilidad pública o el interés general¹³⁸.

Ahora, ¿existe un solo tipo de propiedad? La doctrina advierte que la *“Constitución reconoce el derecho de propiedad, pero no establece un tipo de propiedad determinada. En efecto, la Constitución no reconoce una única propiedad, sino la propiedad en sus diversas especies. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure”*¹³⁹.

En lo que se refiere a la inversión extranjera, este precepto constitucional se puede ver representado en los siguientes supuestos:

El caso de un inversor extranjero que está iniciando su emprendimiento en suelo nacional, y para ello, decide realizar la primera compra de capital. Este acto jurídico que se materializará en los distintos objetos comprados por el inversor, estarán protegidos bajo la garantía del derecho de la propiedad.

Otro supuesto podría ser que un inversionista extranjero que decida aportar dinero a una empresa nacional que estime innovadora, tal como ocurrió cuando el multimillonario estadounidense Jeff Bezos, quien se interesó en la empresa nacional NotCo., al advertir una posible ganancia futura¹⁴⁰.

En otras palabras, toda inversión que sea realizada en territorio nacional, por un inversor extranjero, contará con esta garantía, y como tal, podrá hacerse valer ante los tribunales nacionales en caso de que se vea perjudicada.

Todo lo anterior es posible también gracias a los distintos tratados internacionales suscritos por Chile en esta materia. Sin embargo, dentro de estos, es posible visualizar una serie de

¹³⁸ Christian Viera Álvarez, “Estado social como fórmula en la nueva Constitución chilena,” en *Propuestas para una nueva Constitución (Originada en Democracia)*, ed. Eduardo A. Chia y Flavio Quezada (Santiago: Instituto de Igualdad, Facultad de Derecho de Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, 2015), 103.

¹³⁹ Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional, Op. Cit.

¹⁴⁰ Diario Financiero, “Fundador de MELI entra como inversionista: NotCo extiende Serie D por US\$ 70 millones” Consultado el 4 de Febrero de 2023. <https://dfmas.df.cl/df-mas/punto-de-partida/fundador-de-mercado-libre-entra-como-inversionista-notco-extiende-ronda>

cláusulas que son sumamente excepcionales, por ser contrarias a la naturaleza del tratado en sí y, a su vez, a la garantía constitucional en análisis. A continuación, abordaremos esta cuestión.

2.7.1. Expropiación

Alude a la posibilidad de que el Estado receptor pueda unilateralmente hacerse del dominio de bienes del inversionista extranjero. ¿Y por qué ocurre esto si la garantía constitucional del numeral 24 resguarda estos derechos?

La posibilidad de que el Estado receptor adopte una medida de este tipo reviste un carácter excepcional.

El inciso tercero del numeral 24 del artículo 19 expresa que nadie puede, en caso alguno, *“ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno 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”*.

Ahora, el problema nace respecto a lo que se entiende por motivos de utilidad pública o interés nacional. Al efecto, se han esbozado algunas hipótesis que podrían estar dentro de tal denominación, como por ejemplo, en un causa doméstica, en que el Tribunal Constitucional indicó en la Sentencia Rol 9031-20, dictada el 11 de marzo de 2021, en que se cuestionaba la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que estaríamos en supuestos de esa naturaleza cuando se trate de *“aquellos bienes destinados al beneficio general de la población para su recreo, para el progreso del orden urbano o bien para la preservación de la arquitectura y diseño de una ciudad”*¹⁴¹.

Sobre el particular, traemos a colación, el acuerdo suscrito entre Chile y España sobre protección y fomento recíproco de inversiones, por ser el convenio más antiguo firmado por Chile en esta materia.

Conforme al artículo 5° del mismo, la *“nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, deberá realizarse exclusivamente por causa de utilidad pública o interés nacional, conforme a las disposiciones constitucionales y legales y en ningún caso será discriminatoria”*.¹⁴²

¹⁴¹ Rol N° 9031-20, Tribunal Constitucional, 11 marzo 2021, (C. 15).

¹⁴² Incorporado a nuestro ordenamiento mediante Decreto N°291, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Una vez expropiada la inversión nacional o extranjera, el inversionista debe percibir una indemnización que cubra “el daño patrimonial efectivamente causado”, que, a falta de acuerdo debe ser “pagada en dinero efectivo al contado”. Así, tanto para remediar la situación del afectado, como para que esta expropiación sea conforme a Derecho, el Estado debe compensar al inversionista mediante una indemnización.

Sobre el particular, el mismo artículo 5° del mencionado acuerdo entre Chile y España, indica que la parte que *“adoptare estas medidas pagará la inversionista, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda de libre convertibilidad”*.

Y en el caso de que esta indemnización no sea del agrado del inversionista, podrá reclamar ante los Tribunales de Justicia de la República indicando su rechazo. Lo mismo ocurre si no está de acuerdo con la legalidad del acto expropiatorio: *“El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios”*.

2.8. Limitación de la regulación legislativa.

Esta figura se contempla en el numeral 26 del artículo 19 del texto constitucional, que indica que la Carta Fundamental asegura a todas las personas 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”*.

¿Cuándo se entiende que estamos frente a una afectación de la esencia de un derecho? De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional *“un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible”*¹⁴³. Mientras que se entiende afectado un derecho aplicando alguna condición, tributo o requisito cuando *“se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica”*¹⁴⁴.

Por tanto, aquellos preceptos legales que se dicten y que sean contrarios a lo dispuesto por la preceptiva recién enunciada, deben ser considerados inconstitucionales por ir en contra de lo establecido en el Código Político.

¹⁴³ Rol N°43, Tribunal Constitucional, 24 de febrero 1987, (C. 21).

¹⁴⁴ Ibid.

Lo anterior corresponde a una limitación constitucional a favor de aquel que goza de cualquier derecho establecido en el artículo 19 de la Constitución, puesto que el legislador, en virtud de la dictación de una ley, no podrá afectar las atribuciones esenciales de estos, impidiendo con ello su libre y común ejercicio.

Es más, y en el caso del derecho de propiedad, el establecimiento de cargas a esta garantía respectiva puede tener el carácter de expropiación, en la medida que prive al titular de las atribuciones de uso y goce. Y, en consecuencia, el propietario afectado podría llegar a ser titular de una indemnización de perjuicios por parte del Estado.

Es de esta forma que, estamos en presencia de otra garantía que protege al inversor foráneo frente a vulneraciones en contra de sus derechos constitucionales, pues el legislador tiene esta limitación explícita y constitucional que lo inhibe de perturbar alguna de las facultades de estos derechos afectando con ello su esencia.

3. Mecanismos constitucionales de protección a los derechos del inversionista nacional y extranjero.

3.1. Acción de Protección.

Es el mecanismo procesal previsto en el artículo 20 de la Carta Fundamental, que cuenta también con regulación en el Auto Acordado 94-2015.

Ahora bien, es preciso mencionar que no todos los derechos contemplados en el artículo 19 son accionables por esta vía, puesto que el anotado artículo 20 dispone que 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 quinto, 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.*

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Frente a vulneraciones de derechos y garantías previstos, debe conferirse un resguardo lo más pronto posible¹⁴⁵. Por lo mismo, y a diferencia de una acción presentada ante tribunales ordinarios, su plazo de tramitación es breve y acotado.

Por otro lado, y no obstante que esta acción esté pensada para tramitarse velozmente por las Cortes de Apelaciones, muchas veces ocurre que, una vez dictada la sentencia, los efectos de la acción u omisión ilegal o arbitraria ya afectaron de forma negativa al actor. Teniendo en cuenta esta circunstancia es que se da cabida a la orden de no innovar que, de acuerdo al artículo 192 del Código de Procedimiento Civil, viene a *“suspender los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso”*.

Por último, el Auto Acordado 94-2015, en su numeral segundo, nos indica quienes serán los sujetos legitimados activos, singularizando al efecto al *“afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple o por cualquier medio electrónico”*.

Es de esta forma que, todo inversionista nacional o extranjero que vea afectado su derecho, de los previamente ya nombrados, por una acción u omisión ilegal o arbitraria de un tercero, tendrá la posibilidad de interponer esta acción de protección, con la finalidad de detener dicha perturbación o amenaza de la forma más expedita posible.

3.2. Acción constitucional de amparo económico.

A diferencia de la acción de protección recién expuesta, aquí estamos frente a una acción especial, ya que sólo protege uno de los derechos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política. En este caso, se dirige a proteger el derecho del numeral 21, es decir, la libre iniciativa económica.

El origen de esta acción se encuentra en la ley n° 18.971, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990.

Esta regulación dispone que cualquier persona puede denunciar las infracciones al precepto constitucional recién mencionado. Agregando que el actor no necesita *“tener interés actual en los hechos denunciados.”*

¹⁴⁵ Francisco Leturia, “Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones?: Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales” *Estudios Constitucionales*, vol. 16, n°1 (2019): 232. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00227.pdf>

La acción puede *“intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva”* la que debe conocer de ella en primera instancia. *“Deducida la acción, el tribunal debe investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.*

Contra la sentencia definitiva, procede el recurso de apelación, que debe interponerse en el plazo de cinco días, ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, debe ser consultada. Este Tribunal debe conocer del asunto en una de sus Salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor resulta responsable de los perjuicios que hubiere causado.

A pesar de la brevedad de la ley en cuestión, esta acción ha protagonizado una serie de conflictos interpretativos que se relacionan al sujeto que comete la infracción y a la naturaleza de la sentencia¹⁴⁶.

Respecto del primer punto, la pregunta constante en la doctrina y jurisprudencia ha sido si la acción de amparo económico se extiende al inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, o meramente es aplicable al inciso segundo¹⁴⁷. Resolver esta incertidumbre es de gran importancia debido a que, el inciso primero permite proteger la garantía constitucional cuando esta sea afectada por privados, mientras que el inciso segundo dice relación con la afectación por parte del Estado empresario. Y en cualquiera de aquellos casos, la parte cuyo derecho ha sido vulnerado, queda en situación compleja, puesto que al accionar mediante esta vía no estará completamente segura si el sujeto destinatario de ella cae o no dentro de la hipótesis dispuesta por la ley.

En el último tiempo, podemos afirmar que los tribunales han estado contestes, respecto a la interpretación que se tiene de la acción de amparo económico en un sentido amplio, comprendiendo ambos incisos del precepto en análisis. Lo anterior encuentra sustento en la sentencia Rol CS 47914-2016, que marca un antes y un después en cómo se debe interpretar dicha acción.

¹⁴⁶ Julio Alvear Téllez, “La jurisprudencia del amparo económico los tres grandes déficits de la última década” *Estudios Constitucionales*, vol. 11, n°1, (2013): 168-169. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art06.pdf>

¹⁴⁷ Carolina Arcil Campos, “Estudio crítico sobre el sentido y ámbito de aplicación del Recurso de Amparo Económico” *Revista de Ciencias Sociales*, n°71 (2017): 36-37. <https://revistas.uv.cl/index.php/rscs/article/view/1630>

Por otro lado, existe una controversia en torno a la naturaleza de la sentencia que falla una acción de amparo económico.

En primer término, conviene advertir que los efectos de una sentencia que falla una acción de amparo económico son meramente declarativos¹⁴⁸. No obstante, no existe consenso respecto a qué entendemos por meramente declarativo. ¿Se refiere a la posibilidad de que un tribunal pueda sólo declarar la existencia, o no, de una infracción a la norma constitucional, y no adoptar providencias cautelares prontas e inmediatas para brindar resguardo al afectado, tal como ocurre con la acción de protección? ¿O también abarca la adopción de providencias cautelares?

De acuerdo con la tendencia reciente de la Corte Suprema, se ha visto un retroceso en lo que se entiende por efecto meramente declarativo. Es así como el sentido actual se refiere a la primera hipótesis, es decir, a la posibilidad de que un tribunal pueda sólo declarar la existencia de una infracción a la norma constitucional, y no adoptar providencias cautelares prontas e inmediatas para brindar resguardo al afectado¹⁴⁹.

Una interpretación de este tipo socava la facultad conservadora que tiene todo tribunal perteneciente a la jurisdicción de nuestro país, basada en el artículo 76 de la Constitución¹⁵⁰, que no requiere de una ley expresa que le brinde esta potestad en puntual.

Asimismo, entra en tensión con lo prescrito por el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales que dispone que *“el Poder Judicial queda siempre facultado, sin necesidad de una declaración expresa y formal del legislador, para adoptar las providencias dirigidas a prestar efectiva salvaguardia a los derechos fundamentales”*.

¹⁴⁸ Julio Alvear Téllez, Op. Cit., 173.

¹⁴⁹ Domingo Hernández Emparanza, “El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista”, *Estudios Constitucionales* vol. 8 n°1 (2010): 453.

¹⁵⁰ *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Es de esta forma que, y a pesar de todas las controversias ya mencionadas, podemos apreciar una protección adicional a las garantías de los inversores nacionales y foráneos en el país.

3.3. Control de legalidad por el Tribunal Constitucional.

El Capítulo VIII de la Carta Fundamental regula el Tribunal Constitucional, contemplando sus atribuciones en el artículo 93.

Para la protección de las garantías de los inversores (nacionales y foráneos), nos interesa la facultad correspondiente al numeral primero, que establece que compete a ese tribunal ejercer *“el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”*.

Como podemos apreciar, esta vendría a ser otra vía que, de forma indirecta, protegería los derechos y garantías de los inversionistas (nacionales y extranjeros), ya que no se podrán dictar leyes que vayan en contra de los derechos garantizados en el artículo 19 del Texto Supremo.

3.4. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Este es un recurso que tiene por objeto obtener que se declare que un precepto legal resulta inaplicable por ser contrario a la Carta Magna, sin perjuicio de lo cual, tal efecto se circunscribe a la resolución del caso en particular para el cual se solicitó.

Para mayor detalle, el artículo 93 numeral 6 de la Constitución indica que, dentro de las atribuciones que le corresponden al Tribunal Constitucional está *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*.

Actualmente, su conocimiento es de competencia del Tribunal Constitucional tras la reforma practicada mediante la ley nº 20.050, de 2005. Previamente conocía de este asunto la Corte Suprema.

CAPÍTULO III: LAS DEMANDAS ANTE EL CIADI EN CONTRA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, POR PARTE DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.

1. La institución del CIADI.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, conocido como "CIADI," es una institución que administra un sistema que permite resolver, mediante arbitrajes, conflictos entre inversionistas extranjeros nacionales de Estados contratantes y Estados Contratantes receptores de tales inversiones¹⁵¹.

El CIADI permite solucionar controversias entre las partes, ya sea a través de un procedimiento adversarial, como es el caso de la constitución de tribunales arbitrales, o por medio de un procedimiento de conciliación¹⁵².

Retomando el tema inicial, la particularidad de esta institución recae en que el Estado no goza de las facultades que posee como ente soberano comúnmente cuando es demandado en estos procesos, sin perjuicio que lo que se hace, precisamente, es ponderar si en el ejercicio de tales atribuciones se le brindó al inversionista un trato adecuado a los derechos que le ha reconocido.

Esta institución internacional forma parte del Banco Mundial, y tiene su sede en Washington, Estados Unidos. Su origen se remonta al 18 de marzo de 1965, fecha en que se presenta el texto "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados."¹⁵³

El Convenio de Washington fue introducido por parte de los directivos del Banco Mundial de aquel momento a los gobiernos de los Estados miembros de dicha institución, junto con un Informe, para su consideración y ratificación del mismo. Tal instrumento entró en vigor el 14 de octubre de 1966, al ser ratificado por 20 países.

¿Cuál era la finalidad del Banco Mundial a la hora de crear esta instancia de solución de controversias? Se buscaba promover la inversión internacional, a través de la cooperación entre los distintos Estados.

Así lo establece el preámbulo del Convenio de Washington en extenso:

¹⁵¹ Banco Mundial, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Convenio CIADI, Reglamento y Reglas" Artículo 1. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial, "Acerca del CIADI," Consultado el 2 de Enero de 2023, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI>

“Los Estados Contratantes: Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones...”.

Ahora, ¿cómo un Estado puede acceder tanto a la jurisdicción como a la competencia del Centro? Antes de responder esta pregunta, es necesario aclarar que tanto los conceptos de jurisdicción como competencia son distintos y que han ido evolucionando con el paso del tiempo.¹⁵⁴

Por ejemplo, la concepción original de jurisdicción, por un lado, correspondía a *“una potestad para administrar justicia, la cual es dimanante de la soberanía del Estado y que, por ello, necesariamente es única, pues conceptualmente es imposible que un Estado tenga más de una jurisdicción”*¹⁵⁵. Mientras que el concepto de competencia supone *“aquella forma de repartir la función jurisdiccional en diferentes autoridades judiciales, atendiendo a criterios establecidos en normas positivas como, por ejemplo, la calidad de las partes, la cuantía de la pretensión o la naturaleza del asunto, el lugar de conflicto que da origen a la controversia e incluso la posible conexidad de las diferentes pretensiones o atracción entre ellas”*¹⁵⁶.

Pero, como previamente indicamos, estos conceptos han sufrido un avance en su entendimiento.

En el caso de la jurisdicción, es en razón de la proliferación de los diversos foros internacionales de solución de conflictos (uno de ellos el CIADI) que ha cambiado su concepción original¹⁵⁷. Se pasa, entonces, de un estadio en el cual el Estado tiene el monopolio absoluto al momento de resolver un conflicto; a uno en que no sólo éste goza de dicha potestad, y ahora corresponde a distintas instituciones internacionales. Asimismo, el concepto de competencia no queda inmune a los grandes cambios del Derecho Internacional, en virtud de los distintos tratados.

¹⁵⁴ Jorge Mora Méndez, “Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)” *Diálogo de Saberes*, n° 43 (2015): 164.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Héctor Mauricio Medina Casa, “La jurisdicción del CIADI: una evolución en el arreglo de controversias internacionales,” en *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en homenaje a Germán Cavelier* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006): 707. http://www.anuariocdi.org/contemporaneo/3_3_la%20jurisdiccion.pdf

Es en razón de lo anterior que no podemos considerar ambos conceptos como equivalentes, y menos seguir otorgándoles el mismo significado que décadas atrás.

Sin embargo, para el estudio de cada uno de los requisitos de jurisdicción y competencia del Centro, el Convenio no hace distinción entre ellos, usando meramente el término jurisdicción para contemplar también el concepto de competencia. Por tanto, y a pesar de que sean términos distintos, hablaremos de requisitos de jurisdicción o competencia como sinónimos para el análisis en cuestión.

1.1. Jurisdicción o competencia.

El capítulo II del Convenio habla sobre este concepto en extenso, pero es el artículo 25.1 el cual contiene lo esencial para entenderlo.

Dicho precepto indica lo siguiente: *“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”*.

Por tanto, y según lo expresado, la jurisdicción dependerá de tres factores. En primer lugar, la naturaleza jurídica de la controversia en cuestión; en segundo, los sujetos que forman parte del conflicto; y, en tercero, el consentimiento de las partes. A continuación, explicaré los tres factores.

Respecto del primer criterio, “diferencia jurídica” e “inversión,” no es posible encontrar una definición consensuada por el Convenio, laudos dictados en el marco de este sistema, y la doctrina. No obstante ello, es posible apreciar una similitud en todas ellas y es que, en todas las definiciones, se excluyen las disputas de tipo político, económico o puramente comercial dejando meramente las jurídicas, tal como lo estableció un borrador provisional de octubre de 1963 y el artículo recién descrito.¹⁵⁸ Pero, para el estudio de esta disposición, traeremos a colación la definición del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, por ser un instrumento oficial: *“Comprende los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses; asimismo, debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de*

¹⁵⁸ David Soto Díaz, “El estatuto jurídico de los árbitros en el sistema CIADI” (Tesis doctoral en Derecho – Universidad de La Coruña, 2019): 307. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/22295/SotoDiaz_David_TD_2019.pdf

*orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal*¹⁵⁹.

Por inversión, ciertamente nos encontramos en la misma situación que con respecto al concepto anterior, ya que el Convenio tampoco lo define. Sin embargo, y a diferencia del término previo, aquí el Centro les entrega libertad a las partes a la hora de establecer qué entienden por inversión.

Ahora, y como forma de regularizar las diversas definiciones de inversión que emplean las partes que se extraen de los distintos Tratados Bilaterales de Inversión, en doctrina, a partir de un laudo se ha procurado establecer una serie de criterios objetivos, que fueron recogidos del laudo Salini Costruttori S.p.A., e Italstrade S.p.A. v/s la República de Marruecos de 2001¹⁶⁰, donde se establecieron como criterios: asunción del riesgo por parte del inversor, duración de ésta y contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión¹⁶¹.

No obstante las pautas contempladas en este laudo, y como en el sistema no existe una lógica de tribunales superiores o uniformadores, bien puede en otro asunto desatender a aquellas premisas.

Dicho lo anterior, es necesario reiterar que, el Centro no cuenta con un criterio único a la hora de definir la inversión, debiendo, en primer lugar, dirigirse a la definición proporcionada por el APPI o TLC que sea aplicable al caso concreto. Y en caso de imposibilidad en su aplicación o inexistencia de definición, *“los tribunales arbitrales recurren a un ejercicio de interpretación general del término inversión que tome en cuenta las reglas de interpretación de los tratados*

¹⁵⁹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, 2008, citado en David Soto Díaz, Op. Cit.

¹⁶⁰ El Reino de Marruecos mantenía una participación del 89% en Société Nationale des Autoroutes du Maroc (“ADM”), empresa que construye, mantiene y opera carreteras y diversas obras viales, de conformidad con el Contrato de Concesión concluido y celebrado con el Ministro de Infraestructura y Formación Profesional y Ejecutiva, en nombre del Estado de Morocco. En 1994, y a raíz de este contrato, ADM lanzó una licitación internacional para la construcción de una autopista que une Rabat con Fez. Las dos empresas que se adjudican la licitación son Salini Costruttori S.p.A., e Italstrade S.p.A. para la construcción del tramo No.2 Khemisset-Meknes Ouest (Oeste de Meknes), que tiene aproximadamente 50 kilómetros largo. La adjudicación de la licitación finalizó con la firma del Contrato 53/95.

Es en 1999 cuando las empresas italianas hacen entrega final del proyecto de construcción.

Con posterioridad, ADM envió un borrador de la cuenta final a las empresas italianas, que fue firmado el 26 de marzo de 1999, pero con reservas. El 29 de abril de 1999, las empresas italianas enviaron al ingeniero jefe de ADM un memorando en el que se exponían los motivos de las reservas formuladas. El 14 de septiembre de 1999, tras el rechazo de todas sus reclamaciones por parte de ADM, las empresas italianas enviaron un memorando relativo a la cuenta final al Ministro de Infraestructura, de conformidad con el artículo 51 del Libro de Normas Generales Cláusulas Administrativas. Es el 1 de mayo de 2000, cuando las empresas italianas presentaron una Solicitud de Arbitraje contra el Reino de Marruecos ante el CIADI.

¹⁶¹ Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA v. Reino de Marruecos (Caso CIADI N° ARB/00/4), Decisión sobre Jurisdicción (23 de julio de 2001), párrafo 52.

establecidas por el Derecho internacional general”¹⁶² como lo es el “test Salini” recién nombrado.

En conclusión, y en relación con el primer factor, las partes podrán acogerse a la jurisdicción del CIADI, cuando se presente una controversia que gire alrededor de un derecho u obligación, estipulado en un contrato o tratado internacional, y que dicho derecho u obligación se origine a partir de una inversión extranjera.

Ahora, respecto del segundo criterio, habrá que hacer una distinción entre el particular, que vendría a ser el inversionista extranjero, y el Estado receptor, que ocasionó o no la vulneración de derechos u obligación del primero.

En cuanto al inversionista extranjero, *el régimen de protección de inversiones está basado en el principio por el cual las protecciones otorgadas se extienden a los inversores que son nacionales de un Estado Parte de un tratado, que realizan una inversión en otro Estado Parte*¹⁶³. Por esta razón, *es la nacionalidad del demandante la que determina si este tiene derecho a beneficiarse de las disposiciones del tratado*¹⁶⁴. Sin perjuicio que en algunos casos se ha previsto como exigencia la mera residencia en uno de los Estados signatarios.

Ahora, importa también si estamos frente a una persona natural o jurídica, ya que la Convención prevé requisitos mínimos distintos para cada uno.

En el caso de que el sujeto sea una persona natural, deberá cumplir con dos exigencias. En primer lugar, tiene que ser de un Estado que es parte de la Convención; y, en segundo lugar, que este no sea nacional del Estado donde se llevó a cabo la inversión¹⁶⁵.

¿Y en qué momento debe cumplir con ellos? De acuerdo con el artículo 25.2 (a), es tanto al momento del consentimiento de las partes, como al momento del registro de la solicitud de arbitraje. Para mayor detalle, dicha disposición indica lo siguiente: *“toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje*

¹⁶² Nathaly Mara Campos Sánchez, “La determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: consideraciones en torno a la aplicación del test Salini” (Tesis presentada para optar el grado académico de Magister en Derecho Internacional Económico – Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013): 31 https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4626/CAMPOS_SANCHEZ_NATHALY_TRIBUNALES_ARBITRALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁶³ Ricardo Puccio Sala, “La nacionalidad de las personas jurídicas en el arbitraje internacional de inversiones” *Advocatus*, n° 36 (2018): 182. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4797/4735>

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Franz Kundmuller Camintti y Roger Rubio Guerrero, “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte,” *Lima Arbitration*, n° 1 (2006): 82. https://issuu.com/limaarbitration/docs/franz_kundmuller_camintti_roger_rubio_guerrero

y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36”.

En el caso de que el sujeto sea una persona jurídica, también deberá cumplir con un requisito. Este dice relación con que el inversionista debe tener una nacionalidad distinta al Estado que forma parte de la diferencia al momento en que las partes prestan su consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Ahora, ¿qué ocurre si tiene la misma nacionalidad? las partes deberán acordar atribuirle el carácter de nacional de otro Estado contratante, ya que no es posible que ambas partes tengan la misma nacionalidad¹⁶⁶. Así lo indica de forma expresa el artículo 25.1 (b) del Convenio.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con una persona natural, ¿cómo puede determinarse la nacionalidad de una persona jurídica cuando estas no cuentan con ella de modo intrínseco? En una primera instancia, el convenio no expresa cómo se determina la nacionalidad de una persona jurídica. No obstante, *“dos criterios han sido invocados como pertinentes para definir la nacionalidad de una persona jurídica en la jurisprudencia internacional y en la jurisprudencia del CIADI, a saber: el lugar de constitución y el lugar del domicilio principal. Lo anterior sin perjuicio de que las partes consideren otros criterios como pertinentes”*¹⁶⁷.

¿Y en qué momento debe cumplir con este requisito? Como dije anteriormente, y de acuerdo con el último artículo indicado, en *“la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión”*.

Sin embargo, nace la siguiente pregunta ¿qué ocurre si una empresa se constituyó en Chile, pero en un momento adquiere un porcentaje de su capital accionario inversionistas extranjeros?

El artículo 25 (2) b) del Convenio expresa *“y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”*.

La Convención habla sobre control, sin embargo, no define qué se entiende por tal. No obstante, el CIADI ha estimado en distintos laudos que el concepto *“puede estar en función de la titularidad de las acciones, de la nacionalidad de los directores o de la nacionalidad de*

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Gabriela Álvarez Ávila, “Las características del Arbitraje del CIADI,” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 2 (2002): 215. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/34>

quienes posean el control efectivo de la compañía, de conformidad con lo que hayan establecido los Estados contratantes”¹⁶⁸. Es decir, y como podemos observar, el Centro entrega una gran libertad a las partes para determinar la nacionalidad de la persona jurídica, permitiendo diversos criterios, siempre y cuando estos se hayan pactado entre las partes.

Por otro lado, y a diferencia de las personas naturales y jurídicas, los Estados tienen la obligación de dar su consentimiento para el caso particular, y, además, haber ratificado el Convenio¹⁶⁹.

De lo dicho puede desprenderse que, respecto de los sujetos que forman parte del conflicto, el CIADI goza de una naturaleza especial correspondiente a mixta. Esto quiere decir que sólo resuelve conflictos entre particulares y Estados, excluyendo los conflictos entre particular-particular o Estado-Estado.¹⁷⁰

Ahora, surge la duda frente a las empresas estatales. ¿El Centro tiene jurisdicción para resolver un conflicto entre empresas estatales? Ciertamente son personas jurídicas, ¿pero el hecho de ser estatales transformará dicha calidad? Esta pregunta es de gran importancia, porque recordemos que el Centro fue creado para resolver contiendas entre los sujetos ya mencionados, debido a que el Derecho Internacional establece otros mecanismos de resolución de conflictos entre Estados.

Para responder esta pregunta, haremos alusión al caso de la Corporación Nacional del Cobre de Chile, Exploraciones Mineras Andinas S.A. e Inversiones Copperfield SPA v/s Republica del Ecuador, cuyo estado de procedimiento actual es “pendiente.”

El conflicto ha detenido el avance del proyecto minero Llurimagua (Ecuador), lugar que no está exento de polémicas, al ser una zona de alta protección ambiental por las distintas especies que están en peligro de extinción, siendo los grandes opositores de este proyecto las comunidades indígenas¹⁷¹.

El origen del conflicto se suscita, según Codelco, en el no cumplimiento por parte del Enami EP (Empresa Nacional Minera de Ecuador) de los acuerdos de “*formar la sociedad para el*

¹⁶⁸ Héctor Mauricio Medina Casa, Op. Cit. 725.

¹⁶⁹ Eduardo Taléns Visconti, “Los requisitos de acceso al Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI)” *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n°18 (2014): 333.
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572014000200015

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ La Tercera, “Codelco y Ecuador aplazan hasta fin de año arbitraje ante el Ciadi por proyecto Llurimagua,” Consultado el 16 de enero de 2024. <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/codelco-y-ecuador-aplazan-hasta-fin-de-ano-arbitraje-ante-el-ciadi-por-proyecto-llurimagua/YQFBFPHGENBIFGQ7HGBZZL256M/#>

desarrollo del proyecto ni ratificado el pacto de accionistas que se acordó hace un año, obligaciones que se arrastran desde el año 2016”¹⁷². Para mayor contexto, Chile y Ecuador establecieron un convenio marco en 2008 para la exploración minera que dio lugar a una sucesión de acuerdos, hasta que en 2019 Codelco y Enami EP llegaron a los términos definitivos para una asociación¹⁷³. Asociación que, según Codelco, nunca se llevó a cabo.

Para resolver la cuestión de fondo, la jurisprudencia y doctrina ha entendido que para determinar si una empresa estatal se encuentra comprendida dentro de la *ratione personae*, hay que observar el TLC o APPI en cuestión¹⁷⁴. Para esta controversia, Codelco trae a colación el TBI Chile-Ecuador de 1993.

El artículo 1 (2) del TBI indica: “El término inversionista designa para cada una de las Partes Contratantes, a los siguientes sujetos que hayan efectuado o efectúen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante conforme al presente convenio:

- a) Toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación; y,
- b) Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede así como sus actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro”.

Por tanto, el TBI no hace alusión expresamente a las empresas estatales dentro de la categoría de persona jurídica. No obstante, tampoco excluye su aplicación. De todas formas, y debido a que no existe seguridad sobre este punto, nos vemos obligados a buscar un segundo criterio para entregar jurisdicción al Centro para resolver este caso.

El segundo criterio usado por la jurisprudencia dice relación con el Test de Broches, cuyo origen está en el “planteamiento realizado por Aaron Broches, secretario general del Banco Mundial durante el período en el que se redactó y firmó el Convenio del CIADI”¹⁷⁵.

¹⁷² CODELCO, “Codelco inicia proceso para que Enami EP, la Empresa Nacional Minera de Ecuador, cumpla acuerdos respecto al proyecto Llurimagua,” Consultado el 16 de enero de 2024. <https://www.codelco.com/prensa/2020/codelco-inicia-proceso-para-que-enami-ep-la-empresa-nacional-minera-de>

¹⁷³ CIARGLOBAL, “Arbitraje Entre Codelco Y Ecuador Continúa Con La Formación Del Tribunal,” Consultado el 16 de enero de 2024. <https://ciarglobal.com/arbitraje-entre-codelco-y-ecuador-continua-con-la-formacion-del-tribunal/>

¹⁷⁴ Edgar León Robayo, Valentina Botello León, Andrés Reina Arango, “Jurisdicción *ratione personae*: las empresas estatales ante el arbitraje de inversión” *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 24, n°1 (2022): 81. <https://www.redalyc.org/journal/733/73370897005/html/>

¹⁷⁵ *Ibid.*, 85.

Broches expresó en su momento que, *“a su juicio, el asunto se soluciona, de alguna forma, partiendo del concepto de “atribuibilidad” —en inglés attributability— contenido en los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”*¹⁷⁶.

De modo que, *“en el marco de la propuesta de Broches, en el evento en que una entidad del Estado presente una solicitud de arbitraje, esta podrá ser considerada un inversionista siempre que no esté adelantando funciones esencialmente estatales o fungiendo como un agente del Estado”*¹⁷⁷.

Entonces, y analizando la controversia de acuerdo con el test de Broches, Codelco, a pesar de ser una empresa estatal, su cometido es uno comercial, el cual vendría a ser la exploración de cobre en la concesión minera “Llurimagua.” No siendo posible estimarlo como Estado contratante, sino como un inversionista extranjero, manteniendo el objetivo inicial del Centro, que es resolver contiendas internacionales entre Estados contratantes e inversionistas foráneos.

Asimismo, dijimos que el particular vendría a ser un inversionista extranjero, que puede ser tanto una persona natural como jurídica, pero con la característica esencial de tener un origen distinto al del Estado receptor de las inversiones. Mientras que, en el caso del Estado demandante o demandado, este sólo requiere ser parte de la Convención.

Para concluir con este tema, y en relación con el tercer requisito, el Convenio habla sobre el consentimiento entregado previamente por las partes y por escrito al Centro¹⁷⁸.

En resumen, a pesar de que un Estado haya firmado su aceptación a someter sus controversias futuras ante el Centro, esto no quita que se exija del consentimiento específico de los sujetos que forman parte de la controversia para empezar a conocer de él.

Para el inversionista reclamante, el consentimiento puede ser expreso, si se ha suscrito un convenio específico con el Estado receptor, o tácito al interponer la acción bajo el sistema administrado por el Centro.

Por tanto, para el sujeto particular dar su consentimiento es una acción relativamente fácil, ya que sólo requiere estipularlo en el contrato de inversión que haya firmado con el Estado

¹⁷⁶ Ibid. 85-86.

¹⁷⁷ Ibid. 86.

¹⁷⁸ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, “Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones” (Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, 2016): 48. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526154/Guía%20Arbitraje%20Internacional%20Inversiones.pdf>

demandante o demandado. Pero ¿qué ocurre en el caso de este último? Dicho consentimiento puede llevarse a cabo de determinada forma y de distintos modos.

En relación con el Estado receptor, sólo se acepta su consentimiento cuando éste sea dado de forma escrita, de acuerdo con el artículo 25(1).

En relación con el modo, los Estados pueden expresar su consentimiento de diversas maneras:

En primer lugar, podría ser a través de su legislación nacional, esto quiere decir, a través de la dictación de una ley que indique expresamente su adhesión; en segundo lugar, a través de un tratado internacional; en tercer lugar, una declaración unilateral; y, en cuarto lugar, a través de una cláusula compromisoria pactada entre inversionista y Estado, ya sea ex ante o después¹⁷⁹.

Ya explicados los requisitos de jurisdicción/competencia, hay un punto que es necesario tocar para cerrar con dicho tópico, y es aquel que dice relación con lo previsto en el artículo 26 del Convenio que expresa lo siguiente: *“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”*.

¿Qué nos dice este artículo? Indica la posibilidad que tiene un Estado de exigir que se agoten todas las instancias judiciales y administrativas internas de un país, antes de elegir la alternativa internacional. Esto es de gran importancia para los Estados, ya que ellos podrían preferir solucionar las controversias que se originen con inversores extranjeros a través de las vías jurisdiccionales contempladas en su Derecho interno, y sólo en caso de que ello no sea posible, se permita acceder a un foro internacional como el CIADI. La razón principal de lo anterior es principalmente el costo que conlleva resolver una disputa en el ámbito internacional¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Álvaro Galindo Cardona, “El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones,” *Juris Dictio*, vol. 12, n° 14 (2010): 196-197.

¹⁸⁰ Jorge Mora Méndez, Op. Cit. 166.

1.2. ¿Fin aparente del CIADI?: Ventajas del CIADI que generaron una alta atracción para la resolución de controversias internacionales en materia de inversión v/s su descenso con el pasar del tiempo.

El mismo Centro indica sus ventajas en un documento titulado *“Características especiales y ventajas de la membresía en el CIADI”*¹⁸¹. Entre las más destacadas encontramos las siguientes:

“El CIADI está específicamente diseñado para administrar las diferencias relativas a inversiones”: En primer lugar, el ente expresa que los mismos Estados crearon este organismo internacional, que se ideó teniendo en cuenta los intereses tanto de los particulares como de los Estados. En segundo lugar, el CIADI es la única institución que puede administrar sobre procedimientos de arbitraje y conciliación de inversiones al amparo de los principales conjuntos de normas en tratados de inversión, contratos y legislación.¹⁸² Con ello se refiere principalmente al Convenio y reglas del CIADI y al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. En tercer lugar, el CIADI es una entidad independiente e internacional, lo cual significa que no está subordinado a organismos jurisdiccionales internos de cada país. Y, en cuarto lugar, todo laudo dictado a través del sistema que administra el CIADI es susceptible de ejecución como si se tratara de una sentencia definitiva de los tribunales de justicia de cualquier Estado Miembro del CIADI¹⁸³.

“El CIADI presta servicios con una estructura de cargos eficiente en materia de costos”: En virtud de ser una asociación sin fines de lucro, el Centro intenta proporcionar un gran de sistema de resolución de conflictos de la forma más económica posible para las partes, pero a la vez que sea lo más eficiente posible. Esto anterior se materializa en 1) la suma anual que debe pagar cada parte al año de 21.000 dólares por los diversos servicios de administración del Secretariado y el personal especializado que brinda apoyo en cada caso; y 2) en una tarifa máxima de USD 3.000 por día o USD 375 por hora en concepto de honorarios de los árbitros.

¹⁸¹ CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial, “Recursos: Características Especiales y Ventajas de la membresía en el CIADI,” Consultado el 6 de enero de 2023, <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/caracteristicas-especiales-y-ventajas-de-la-membresia-en-el-ciadi>

¹⁸² Esta aseveración no es correcta. Recordemos que las controversias internacionales también pueden ser solucionadas por un tribunal ad hoc, administrado por la Corte Permanente de Arbitración (CPA), que se rige por su propio reglamento de arbitraje, junto con el reglamento de la CNUDMI.

¹⁸³ CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial, “Recursos: Características Especiales y Ventajas de la membresía en el CIADI,” Consultado el 6 de enero de 2023, <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/caracteristicas-especiales-y-ventajas-de-la-membresia-en-el-ciadi>

Este último punto es totalmente positivo en relación con otras instituciones internacionales, ya que ellas no estiman un monto máximo y aquel valor puede duplicarse hasta triplicarse¹⁸⁴.

“El CIADI promueve la diversidad en los tribunales y en la institución”: En primer lugar, cuando es momento de elegir el presidente del tribunal en una controversia, el CIADI asiste a las partes sugiriendo nombres para su elección. Esta sugerencia proviene después de meditar los intereses de cada parte, con la finalidad de elegir el mejor árbitro para el caso concreto. Y, en segundo lugar, el Centro es poseedor de las listas con los mejores árbitros y conciliadores en materias de inversión. Estas listas son muy importantes, ya que son entregadas a las partes al inicio del procedimiento con la finalidad de que elijan a los más idóneos para dar solución a la controversia. Por tanto, con la entrega de estas listas se ahorran el trabajo de buscar a dichos funcionarios, y además se aseguran de que dichos profesionales sean los mejores¹⁸⁵.

Es en virtud de todas las razones anteriores que el Centro ha logrado que la mayoría de los Estados del mundo adscriban a este tratado multilateral¹⁸⁶, o en caso de no adscribirse, de todas formas, han decidido subordinar una controversia ante él mediante las formas que ya mencionamos previamente en el requisito de competencia.

Entonces, ¿por qué planteamos en el título de este apartado sobre el posible fin del CIADI? Por la siguiente razón: En un principio, los distintos Estados creyeron en la creación de esta institución internacional para la resolución de controversias internacionales en materia de inversión, porque ello significaba abandonar los foros internos de un país. Esta premisa no era un hecho positivo para el Estado receptor como tal, sino que era un hecho positivo para los inversionistas extranjeros, en virtud de que sus controversias serían resueltas por este ente internacional, no sufriendo las potenciales arbitrariedades de las que podría ser objeto un inversionista en su calidad de extranjero cuando es juzgado por un tribunal interno¹⁸⁷. Por tanto, el hecho de que un Estado firmara este tratado multilateral generaba automáticamente una ventaja en relación a otros, ya que aumentaba el número de inversionistas extranjeros que

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial,” Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 25 de Octubre de 2022),” Consultado el 17 de febrero de 2024, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%203/ICSID-3--SPA.pdf>

¹⁸⁷ Carlos Hecker Padilla, “La denegación de justicia al inversionista extranjero” Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, vol. 5, n° 7 (2011): 80.

buscaban invertir en el país en cuestión, por constituir un complemento de la calidad de las instituciones ya establecidas en los países¹⁸⁸.

Pero, con el paso del tiempo, los Estados desistieron de lo dicho anteriormente, porque a pesar de las distintas ventajas que podía conllevar firmar el tratado, los perjuicios eran mayores. Entre los perjuicios que podemos nombrar encontramos los siguientes:

En primer lugar, el gran número de veces que ha perdido un Estado frente al inversionista extranjero: Para corroborar dicha información, será menester acudir a cifras que sean de la zona donde se encuentra nuestro país. Por tanto, traemos a colación las cifras de la zona de Latinoamérica más el Caribe, con datos a 31 de diciembre de 2021, donde se exhibe que: *“de los 327 casos conocidos contra países de aquella zona, hay 206 casos donde hubo una resolución del caso (ya sea por laudos del tribunal o por acuerdo entre partes). Y de estos 206 casos resueltos, el inversor salió beneficiado en el 62% de los casos”*¹⁸⁹. De este modo, difícilmente querrá un Estado seguir adscrito al tratado multilateral si tiene dicha estadística como la precedente.

En segundo lugar, el costo de la tramitación del procedimiento ante el CIADI: Independiente del resultado de la controversia, los Estados siempre deberán costear los gastos que el procedimiento conlleve. Y dichos gastos aumentarán en el evento de que haya perdido, debiendo desembolsar al año cifras de elevada envergadura¹⁹⁰.

En tercer lugar, el poder indirecto de los inversores extranjeros en las decisiones públicas que pueda llevar a cabo un gobierno de turno: Este perjuicio es fácil de entender a raíz de la demanda existente ante el CIADI entre las demandantes ADP International S.A. y Vinci Airports S.A.S., contra la República de Chile¹⁹¹, donde los socios franceses deciden llevar la disputa ante el Centro por las restricciones al tráfico aéreo establecidas por Chile en momentos de la pandemia a raíz del COVID-19. En este caso, ocurrió que los accionistas habían iniciado negociaciones con el Gobierno para extender la vigencia del contrato original con la finalidad de afrontar las grandes pérdidas que sufrieron en base a las restricciones de tráfico aéreo.

¹⁸⁸ CIAR GLOBAL, “¿Ser Miembro CIADI Es Positivo Para La Atracción De Inversión Extranjera?,” Consultado el 12 de Febrero de 2023. <https://ciarglobal.com/ser-miembro-ciadi-es-positivo-para-la-atraccion-de-inversion-extranjera/>

¹⁸⁹ Bettina Müller y Luciana Ghiotto *Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe*, 6ta Edición” (ISDS en números, agosto de 2022), 4, https://isds-americalatina.org/wp-content/uploads/2022/08/Informe-ISDS-enAL-2022_Final.pdf

¹⁹⁰ Luz Betty Caballero Morales, “El Arbitraje CIADI y los Mecanismos Preventivos de Solución de Controversias Inversionista-Estado: el Caso Peruano” *Lex*, n°18 (2016): 229.

¹⁹¹ ADP International S.A. y Vinci Airports S.A.S. v. República de Chile (Caso CIADI N° ARB/21/40), pendiente a la fecha (17 de febrero de 2024). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/40>

Ante ello, Chile decidió no acceder a la petición, argumentando que se debía respetar el plazo inicial pactado en los contratos. ¿Cuál fue la respuesta de los socios franceses? Intentan presionar al Gobierno chileno arguyendo que existe un mecanismo de solución de controversias internacionales establecido en el TBI firmado entre Chile y Francia, y en caso de que no se llegue al resultado que ellos esperan, harán uso de aquel¹⁹².

Lo que acabamos de explicar sólo nos puede llevar a una conclusión, y es la estimada por Bettina Müller y Luciana Ghiotto, quienes indican lo siguiente: *“En el contexto de pandemia de coronavirus, muchos inversores extranjeros amenazaron con acudir al mecanismo ISDS en los tratados como modo de protegerse de las pérdidas provocadas por la crisis sanitaria y económica a escala global. Este caso muestra cómo los inversores utilizan este mecanismo como un chantaje para cambiar la política pública que afecta sus intereses. Y en caso de que la política no se modifique, tienen la posibilidad de que la pérdida económica que tuvieron durante los meses de la pandemia sea resarcida por las arcas públicas, recayendo en este caso sobre la ciudadanía chilena”*¹⁹³.

A raíz de estos hechos anteriores, muchos Estados han decidido replantearse su adscripción al tratado multilateral que estima al CIADI como institución internacional de solución de conflictos en materia de inversiones, como también renegociar sus diversos tratados en materia económica y comercial como lo son los TLC y TBI, pues en ellos también se estipulan cláusulas que dan jurisdicción y competencia al Centro para conocer de las controversias que se generen entre las partes en dicha área.

El replanteamiento de los Estados ha ido de la mano de denunciar el tratado multilateral previamente firmado, tal como lo indica el artículo 71 del Convenio. Un ejemplo de ello es Bolivia, que suscribió el Convenio el 3 de mayo de 1991 y luego depositó su instrumento de ratificación el 23 de junio de 1995, para después enviar la denuncia con fecha 2 de mayo de 2007. Asimismo, ocurrió con el Venezuela, que firmó el Convenio del CIADI el 18 agosto de 1993 y depositó su instrumento de ratificación el 2 mayo de 1995, para luego enviar la denuncia al CIADI el 24 de enero de 2012¹⁹⁴.

De todas formas, y a pesar de esta última situación, es difícil creer que estamos ante una posible desaparición del CIADI, pues actualmente hay 166 Estados que figuran en la lista de

¹⁹² Bettina Müller y Luciana Ghiotto, Op. Cit. 19.

¹⁹³ Ibid., 19.

¹⁹⁴ CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial, Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 25 de Octubre de 2022),” Consultado el 8 de Enero de 2023, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%203/ICSID-3--SPA.pdf>

Estados miembros del Convenio, independientemente de los perjuicios que recién explicamos.¹⁹⁵

1.3. Historia de Chile y el CIADI.

Chile decide firmar el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados el 25 de enero de 1991, mientras que el depósito del instrumento de ratificación se verificó el 24 de septiembre de 1991, entrando en vigor el 24 de octubre de 1991, con arreglo a lo previsto en el artículo 68 número 2 del mismo¹⁹⁶.

Desde su firma, Chile ha estado involucrado en seis demandas ante el Centro por parte de inversionistas extranjeros de España, Malasia, Colombia y Francia.

Pero ¿qué ocurría, con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio, con los conflictos en materia de inversión entre un inversionista extranjero y el Estado de Chile?

En Latinoamérica era muy usual que los inversionistas extranjeros hicieran uso de la protección diplomática. ¿Qué quiere decir esto? Que cuando un inversionista extranjero empezaba a tener problemas con el Estado en donde estaba realizando su inversión, recurría a la protección diplomática indicándole rápidamente a su Estado, de donde es nacional, para que este luego dirigiera una comunicación al país de destino y frenara la conducta que estimaba que infringía sus derechos. Incluso, muchas veces cuando lo anterior no solucionaba el problema, se hacía uso de la fuerza por parte de los países¹⁹⁷.

Obviamente que esto era una situación compleja para los países de la región, a raíz de que *“la legislación tradicional no reconocía la sumisión a jurisdicciones o legislaciones extranjeras; asimismo, esta miraba con suspicacia las inversiones internacionales, dados los riesgos jurídicos y diplomáticos que podrían traer aparejadas”*¹⁹⁸ que se empezó a emplear en esta zona del continente americano la estrategia jurisdiccional llamada Doctrina Calvo- que, de alguna forma, fue la herramienta para bloquear el uso de la protección diplomática.

¹⁹⁵ Op. Cit.

¹⁹⁶ CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial, “Base de datos de Estados Miembros del CIADI,” Consultado el 12 de Febrero de 2023. <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi> y decreto n° 1304, de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

¹⁹⁷ John Dugart, “Artículos sobre protección diplomática,” United Nations Audiovisual Library of International Law (2013): 1. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_s.pdf

¹⁹⁸ Joaquín Schäffer Rodríguez, “Una revisión del arbitraje internacional de inversiones. La luz de la organización de la jurisdicción chilena” *Latin American Legal Studies* 9 (2021): 255.

¿Sobre qué trataba esta doctrina? En términos concretos establecía que *“los extranjeros deben realizar sus reclamaciones jurídicas de acuerdo con la jurisdicción local, es decir, someterse a los tribunales nacionales y evitar recurrir a la protección e intervención diplomática, así como a presiones del Estado del que son nacionales”*¹⁹⁹.

En otras palabras, esta doctrina se basaba en el principio de igualdad de los Estados, eliminando ventajas y privilegios a nacionales de otros países en suelo ajeno, siendo necesario que se solucionen las controversias ante los tribunales del Estado receptor, con arreglo a su normativa, ya que *“la intervención de los Estados de dichos extranjeros se consideraba simplemente como una violación de la jurisdicción territorial de los Estados receptores”*²⁰⁰.

De este modo, se adaptó la conocida como Cláusula Calvo en distintos acuerdos que se pactaban entre Estados e inversionistas extranjeros. Tal cláusula buscaba que los inversores extranjeros renunciaran al uso de la protección diplomática y acudieran solamente ante los tribunales del Estado en donde se lleva a cabo la inversión, además de usar la legislación de este²⁰¹.

A pesar de la gran aplicación de esta cláusula en dichos países, durante un largo período de tiempo, ella no tiene importancia en el Derecho Internacional contemporáneo. Esto, debido a que la protección diplomática es un derecho establecido en virtud del Derecho Internacional consuetudinario, y, por tanto, siempre podrá ser invocado por los distintos sujetos, independientemente si pactaron o no la cláusula en cuestión. Por ende, si un Estado observa que su nacional, que además es inversionista extranjero, está siendo vulnerado en cuanto a sus derechos en suelo extranjero, podrá hacer uso de dicha protección²⁰².

Con el paso del tiempo, la Doctrina Calvo fue cayendo en el olvido con la rápida proliferación de los distintos tratados internacionales que establecían instituciones de resolución de conflictos en diversas áreas. Como bien sabemos, en el área de la inversión, se creó el CIADI que, como indicamos previamente, tiene como una de sus características, la independencia y despolitización, ya que busca el equilibrio entre los distintos intereses en juego.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibrahim Shihata, ‘Hacia una mayor despolitización de las diferencias relativas a inversiones: el papel del CIADA y del OMGI (Spanish)’ Working paper, World Bank Group (1992). <http://documents.worldbank.org/curated/en/930571468324271293/Hacia-una-mayor-despolitizacion-de-las-diferencias-relativas-a-inversiones-el-papel-del-CIADA-y-del-OMGI2>.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

Lo anterior, llamó a los Estados a replantearse su política jurisdiccional respecto a la Doctrina Calvo, dando paso a la adscripción de dichos tratados, que generaban además un mayor flujo de inversionistas a sus territorios, en virtud de que esta entidad internacional entregaba mayor seguridad para los privados que la resolución de sus controversias por parte del Estado en donde se cometió la supuesta infracción por su falta de imparcialidad²⁰³.

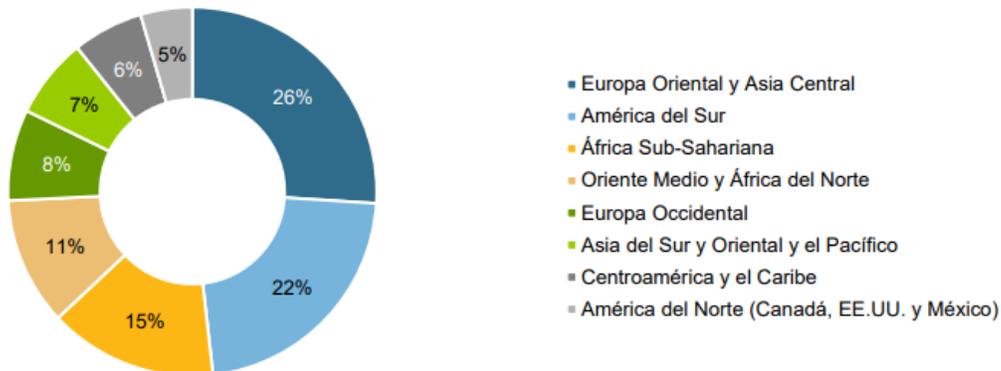
2. Contexto general de demandas en América del Sur.

De acuerdo con las estadísticas del Centro a 2022, América del Sur se encuentra en el segundo lugar en el ranking de regiones geográficas con mayor número de casos ante esta entidad con un 22%, siendo superado solamente por Europa Oriental y Asia Central, que cuenta con un 26%²⁰⁴.

A continuación, se deja constancia de lo anterior mediante un gráfico:

5. Distribución por región geográfica de todos los casos CIADI según el Estado Parte de que se trate

Gráfico 7: Distribución por región geográfica de todos los casos registrados en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario según el Estado Parte de que se trate



Fuente: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

²⁰³ Jorge Luis Vega Cancino, "La solución de Diferencias relativas a Inversiones entre un inversor extranjero y un Estado: análisis crítico de la situación actual en Sudamérica" (Memoria para optar al Grado Académico de Magister en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad de Valparaíso – Facultad de Derecho, 2016): 28. http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-4500/UCC4810_01.pdf

²⁰⁴ CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Carga de Casos del CIADI – Estadísticas Edición 2022-2, 12, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_SP.pdf

En un análisis más pormenorizado, llevaremos a cabo un ranking respecto a los países que forman parte de esta región y el número de casos terminados ante el CIADI. Este ranking toma en cuenta las controversias que aparecen en la página del Centro.

Argentina lidera el ranking con 47 demandas finalizadas. Le sigue Venezuela con 38, Perú con 16, Ecuador con 12, Colombia con 6, Chile con 5, Bolivia con 4, Paraguay con 3, Uruguay con 2, y finalmente, Guyana cuenta con sólo 1 caso finalizado.²⁰⁵

Es necesario indicar que Brasil y Surinam no cuentan con casos ante el CIADI, al no haber suscrito el Convenio.

Por su parte, vale la pena recordar que Bolivia y Venezuela denunciaron el Convenio del CIADI, por lo que ya no les resulta aplicable.

Ahora, en relación con los resultados de estos casos, es decir, si los Estados han ganado o perdido las demandas accionadas ante el Centro, podemos concluir que los resultados son mixtos, dependiendo de los Estados de que se trate.

Los Estados que lideran la lista de un punto de vista de mayor número de resolución en favor de los inversionistas demandantes son: Bolivia, Argentina y Venezuela. En el primer caso, dicho Estado no tuvo ningún caso finalizado a su favor, perdiendo las 14 demandas interpuestas en su contra; en el caso de Argentina, de los 46 casos finalizados ante el Centro, sólo ha ganado 5; y, en el caso de Venezuela, de las 39 demandas concluidas, ganó solamente 14.²⁰⁶

Distinta es la situación de Chile, ya que, a pesar de sus altos niveles de inversión extranjera (flujo significativo de capitales extranjeros a suelo nacional), las demandas accionadas en contra del país son relativamente escasas. Asimismo, y en cuanto al historial de demandas, rompe la regla general en relación con el número de veces que ha perdido en comparación a las veces que ha ganado, siendo superior este último número.

2.1. Contexto de demandas en contra del Estado de Chile.

Como dijimos en el primer capítulo respecto al fenómeno de la inversión extranjera, Chile, de acuerdo con la CEPAL, ha ocupado el tercer lugar de los países que más perciben inversión extranjera directa en la región, sólo detrás de Brasil y México. Ahora, si comparamos a nuestro

²⁰⁵ CIADI: Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones, "Casos concluidos," Consultado el 12 de Diciembre de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/casos/concluidos>

²⁰⁶ Op. Cit.

país en relación con su tamaño económico (medido por el tamaño del PIB), Chile lidera la inversión exterior acumulada, a gran distancia del resto de países²⁰⁷.

No obstante la cuantía de la inversión extranjera, Chile sólo ha sido demandado siete veces, cinco de esas demandas se encuentran finalizadas, mientras las otras dos están en proceso de ser dirimidas. Sin embargo, advertimos que una de las demandas que ya se encuentra finalizada fue dirimida por otro ente distinto al CIADI²⁰⁸. Para el objeto de esta memoria, sólo me enfocaré en las demandas interpuestas ante el ya nombrado ente internacional.

¿Cómo se explica esta relación tan dispar? Esa es la pregunta principal que intenta responder esta memoria, planteando que ello ocurre gracias al rol preponderante que juega el marco constitucional previamente analizado en el capítulo II.

De la misma manera piensan las autoras Luciana Ghiotto y Bettina Müller, quienes plantean que el *“bajo número de demandas existentes contra Chile, en contraste con Argentina, Venezuela o México, tiene su correlato en el hecho que por 30 años no se han tocado las bases del modelo impuesto por la Constitución de 1980, aprobada en dictadura, ni se han adoptado medidas regulatorias importantes respecto de la inversión extranjera, avanzando en privatizaciones en las áreas de minería, agricultura, previsión, educación, salud, energía entre otras”*²⁰⁹.

Agregan, además, que la situación anterior dice relación con que *“Chile ha sido un país que se caracterizó por cumplir sus compromisos en lo que respecta a otorgar seguridad jurídica a los inversores extranjeros, sosteniendo una política de apertura total frente a las inversiones”*²¹⁰.

²⁰⁷ Global LATAM 2021, “Series Inversión Extranjera” (Madrid: 2021), 12, <https://www.segib.org/?document=informe-global-latam-series-de-inversion-extranjera-2021>

²⁰⁸ Este es el segundo “Caso Clarín.” A finales de 2019, se dicta el laudo por parte de la Corte Permanente de Arbitraje en el que estima no tener jurisdicción para conocer de las reclamaciones de las demandantes. Esto a raíz del arbitraje internacional iniciado durante 2017 por la Fundación Presidente Allende, Víctor Pey Casado y Coral Pey Grebe contra la República de Chile. Como resultado, ordena a la demandante reembolsar la totalidad de los costos en los que incurrió por este arbitraje y el 80% de los gastos de representación legal del Estado.

²⁰⁹ Luciana Ghiotto y Bettina Müller, *Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje en Chile aportes para el proceso constituyente* (Santiago: ISDS en números, noviembre de 2021), 17, <https://www.tni.org/es/publicacion/impactos-del-sistema-de-proteccion-de-inversiones-y-arbitraje-en-chile>

²¹⁰ Ibid., 15.

Siguiendo con datos estadísticos de nuestro país ante el CIADI, de estos cuatro casos ya finalizados, nuestro país ha ganado tres de ellos. Luego, si sumamos la victoria que tuvo Chile ante la Corte Permanente de Arbitraje²¹¹, logra un ochenta por ciento final.

Chile ha ganado los siguientes casos en materia de inversión: "Eduardo Vieira (España) v. República de Chile;" "Hermanos Ríos (Colombia) v. República de Chile;" y "Clarín (España) v. República de Chile," luego de la anulación del primer laudo.

Ahora, en relación con los casos donde el Estado de Chile ha resultado perdedor, podemos nombrar el caso "MTD Equity (Malasia) v. República de Chile," y la primera demanda del caso "Clarín (España) v. República de Chile," ante el Centro.

En materia de indemnizaciones que han debido solventarse por las demandas perdidas, de acuerdo con el informe "Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje en Chile", en los laudos se ha ordenado al Estado chileno a pagar US\$ 15.800.000. Para aterrizar dicha cifra a la realidad el país, conviene tener en cuenta que ese monto supera a aquel asignado en el presupuesto de 2021 para toda la política de salud mental²¹².

Por otro lado, nuestro país está a la espera de los laudos correspondientes a dos casos. El primero titulado "Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (Colombia) v. República de Chile" y "ADP International S.A. and Vinci Airports S.A.S. (Francia) v. República de Chile".

En otro tema relacionado, ¿en qué sectores se originaron las demandas?: Las siete demandas accionadas en contra del Estado de Chile se produjeron en sectores económicos distintos.

Por ejemplo, las dos demandas del caso Clarín se enfrasan en el área de la información y comunicación. Por otro lado, el caso MTD v. República de Chile se produce en el marco las actividades inmobiliarias. Cosa distinta ocurre con el caso Vieira v. Chile, donde el área en cuestión dice relación con la agricultura, silvicultura y piscicultura. Le sigue el caso Carlos Ríos y Francisco Ríos v. Chile que se produce en transporte. Y, por último, en relación con las dos demandas pendientes, el caso ISA Interchile v. Chile y ADP International S.A. y Vinci Airports

²¹¹ Este es el caso entre Fundación Presidente Allende, Víctor Pey Casado y Coral Pey Grebe contra la República de Chile (más conocido como Caso Clarín). El 4 de diciembre de 2019, la Corte expresó que no tiene jurisdicción para conocer de ninguna de las reclamaciones de los demandantes, debiendo reembolsar al Estado de Chile la totalidad de los costos en los que incurrió por este arbitraje y el 80% de los gastos de representación legal del Estado.

Recordemos que el caso Clarín dice relación con los españoles Víctor Rey y la Fundación Presidente Allende quienes demandaron al Estado de Chile por la supuesta confiscación ilegal del diario El Clarín durante la época de la dictadura, ante el CIADI.

²¹² Luciana Ghiotto y Bettina Müller, Op. Cit. 16.

v. Chile, tienen lugar en el área de suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado; y construcción, respectivamente²¹³.

Luego, de las siete demandas accionadas por inversionistas extranjeros, cinco de ellas fueron por infracciones a los TBI (Tratado Bilateral de Inversión), y las dos restantes por infracciones a sus respectivos TLC (Tratados de Libre Comercio).

Respecto a las supuestas infracciones a TBI, se invocó tres veces el TBI Chile-España, en razón de la doble instancia del Caso Clarín v. Chile, y en el Caso Vieira v. Chile. Por otro lado, se invocó al TBI Chile-Malasia por el caso MTD v. Chile, y finalmente, al TBI Chile-Francia, por el caso aún pendiente, ADP International S.A. y Vinci Airports v. Chile²¹⁴.

Respecto a las supuestas infracciones a TLC, como dijimos previamente, se invocaron dos veces. Por primera vez, en 2017, con el caso Carlos Ríos y Francisco Ríos v. Chile, cuyo TLC aplicado fue el de Chile-Colombia. Y nuevamente, se evocó este mismo acuerdo en el caso ISA Interchile v. Chile, aún pendiente de resolución.

Dicho lo anterior, resulta importante analizar el único laudo donde el Estado resultó perdedor para evaluar si fue una derrota absoluta y, observar si los argumentos usados por la parte demandante están reconocidos en nuestro marco constitucional relacionado a la protección y garantías del inversionista extranjero, o más bien tienen lugar meramente en el Derecho Internacional.

2.2. MTD (Malasia) vs Chile.

LMTD Equity Sdn Bhd., compañía del Estado de Malasia, junto a su subsidiaria MTD Chile S.A., más bien conocidas como las “demandantes,” decidieron llevar a cabo una inversión en nuestro país que comprendería una comunidad planificada para uso mixto basada en el modelo malasio, ubicada en una localidad de Pirque, en el sector sur oriente de Santiago.²¹⁵ Para ello, se vieron inmersos en una serie de negociaciones con las autoridades chilenas, entre ellas: el entonces Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), el jefe del Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU), el Ministro de Vivienda y Urbanismo (MINVU) y el Secretario Regional Ministerial (SEREMI) de esa Secretaría de Estado.

²¹³ CIADI: Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones, “Casos concluidos,” Consultado el 15 de Diciembre de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/casos/concluidos>

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. La República de Chile (Caso CIADI N° ARB/01/7), Laudo (25 de mayo de 2004), párrafo 42.

El problema de este proyecto es que el sitio pensado para desarrollar la inversión estaba zonificado para uso agrícola, y, por tanto, si se quería dar un uso distinto, en este caso, para construir una comunidad planificada, se requería una nueva zonificación, iniciada por la Municipalidad de Pirque y, a la vez, la confirmación de dicho cambio por el MINVU. Asimismo, el SEREMI del Ministerio de Vivienda y Urbanismo debía realizar una revisión sobre el proceso que se llevaría a cabo²¹⁶.

En este contexto, la empresa de Malasia decide firmar un contrato de promesa, en 1996, con el propietario de determinados terrenos ubicados en la comuna de Pirque, Jorge Fontaine. La condición a la cual se sujetó el contrato era la aprobación del Comité de Inversiones Extranjeras sobre la inversión de que se trata²¹⁷.

Con el pasar del tiempo, y cumplida la condición anterior, la empresa de Malasia y el Comité de Inversiones Extranjeras firmaron el primer contrato de inversión extranjera en 1997.²¹⁸

Con posterioridad, dentro del mismo año, se suscribió el segundo contrato entre las partes. Tras la firma, MTD comenzó a inyectar cifras importantes de dinero al proyecto. Algunos ejemplos de lo anterior son los \$8.4 millones de dólares que aportó como capital y los \$8.736 millones de dólares gastados en comprar el 51% de las acciones de EPSA al señor Fontaine²¹⁹.

Es en ese mismo año que MTD recibió el visto bueno por distintas autoridades de la zona, entre ellos el Alcalde de Pirque de aquel momento, el señor Manuel José Ossandón; Ministro de Vivienda y Urbanismo, señor Edmundo Hermosilla; el Ministro de Obras Públicas, señor Ricardo Lagos; y en un inicio, el Presidente de Chile, señor Eduardo Frei, quien luego retiró sus palabras²²⁰.

Fue a principios de 1998, cuando comenzaron los conflictos entre las partes.

El primer indicio vino de la mano del SEREMI de Vivienda y Urbanismo, Sergio González, quien no quería iniciar el proceso para cambiar la zonificación donde tomaría lugar la inversión²²¹.

²¹⁶ Ibid. párrafo 45.

²¹⁷ Ibid. párrafo 47.

²¹⁸ Ibid. párrafo 54.

²¹⁹ Ibid. párrafo 55.

²²⁰ Ibid. párrafo 59-60.

²²¹ Ibid. párrafo 74.

Ante este hecho, MTD contrató los servicios de Pablo Heilenkötter para buscar otras alternativas que permitieran llevar a cabo el proyecto, bajo el marco de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Ellas son las siguientes:

“i) La preparación de un plan seccional limitado a una modificación de la zonificación en el área del Proyecto;

ii) La preparación de un plan comunal para la Municipalidad de Pirque que también incluiría un cambio de zonificación para el área del Proyecto;

iii) Y una solicitud bajo el artículo 55 para la construcción de viviendas en complemento de una actividad preexistente”²²².

Finalmente, y ante la reticencia del SEREMI de Vivienda y Urbanismo, MTD decide escoger la primera opción, ya que sólo requería la aprobación del Consejo Regional de la Región Metropolitana (“CORE”), aun cuando persistiese la objeción del MINVU.

Tras llevar a cabo una serie de acciones para concretar lo pensado, el Alcalde de Pirque, y representantes y consultores de MTD, se reunieron con el SEREMI aludido, quien les informó que el Proyecto era incompatible con la política de desarrollo urbano del MINVU.

Días después, el Alcalde de Pirque envió una carta al SEREMI en la que solicitaba *“orientación con respecto a la forma de presentar al MINVU un plan seccional para el desarrollo del Proyecto”²²³*. La cual fue respondida por el SEREMI indicando que *“sería ‘inconveniente iniciar cambio alguno en el PRMS antes de que se completaran los estudios necesarios para revisar el Plan Regional de Desarrollo Urbano (PRDU)’; ‘que un plan seccional no podía usarse para obtener un cambio en la zonificación para el Proyecto, porque solamente el SEREMI podía iniciar cambios en el PRMS; y que antes de que se firmaran los contratos de inversión, el Ministro Hermosilla le había informado al señor Fontaine y a los empresarios malos que no sería posible desarrollar el Proyecto en Pirque”²²⁴*.

Con posterioridad, el Ministro Henríquez del MINVU confirmó las palabras expresadas en la carta del SEREMI expresando que *“no iniciaría ni apoyaría ninguna modificación del PRMS que permitiera seguir adelante con el Proyecto”²²⁵*.

²²² Ibid., párrafo 66.

²²³ Ibid., párrafo 72.

²²⁴ Ibid., párrafo 74.

²²⁵ Ibid., párrafo 75.

No obstante lo anterior, MTD siguió teniendo reuniones con distintas autoridades chilenas como el Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) y el Ministro de Relaciones Exteriores, con la finalidad de perseguir su idea inicial.

El 3 de julio de 1998, el Concejo Municipal de Pirque finalmente aprobó el Plan Seccional respectivo, y el Alcalde, ante esto, lo presentó raudamente al SEREMI del MINVU el 11 de agosto. Asimismo, presentó un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) a la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Metropolitana (COREMA)²²⁶.

Respecto de la presentación del Plan Seccional, el SEREMI lo devolvió sin revisar el fondo del asunto indicando que *“solamente el SEREMI podía cambiar el PRMS; que hacerlo así sería inconveniente, y que un plan seccional no podía usarse para modificar el PRMS”*²²⁷.

Y respecto del Estudio de Impacto Ambiental presentado, la COREMA lo rechazó, debido a que el plan seccional era incompatible con la zonificación existente para ese inmueble.

El 19 de octubre de 1998, se confirmó a MTD, de manera extraoficial, que el proyecto fue rechazado. Así lo indicaron textualmente el Ministro Henríquez del MINVU y el SEREMI González.

Luego, el primero lo confirmó en un comunicado oficial, pues este *“se contraponía a la política de urbanización vigente y que el Alcalde de Pirque ya no respaldaba el Proyecto”*²²⁸.

Ante la respuesta negativa de las máximas autoridades, MTD notificó al Estado de Chile, que existía una diferencia sobre una inversión en el marco del TBI firmado entre Malasia y Chile. Para ello, iniciaron un periodo de negociaciones obligatorio antes de llevar a la controversia ante el Centro, tal como lo indica el artículo 6 (3) de dicho TBI²²⁹.

Como era de esperarse, no se llegó a acuerdo, y como consecuencia el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias, se declaró competente el 8 de octubre de 1999.

Luego, MTD presentó formalmente su solicitud de arbitraje en junio de 2001.

Ya realizada esta relación de los hechos, será menester conocer cuáles fueron los argumentos que esgrimió la demandante ante el CIADI, y cuál fue la decisión del laudo.

²²⁶ Ibid., párrafo 77.

²²⁷ Ibid., párrafo 79.

²²⁸ Ibid., párrafo 80.

²²⁹ Ibid., párrafo 83.

Vale la pena advertir que la demandante basó sus argumentos en disposiciones contenidas en otros tratados bilaterales de inversión, como aquellos en vigor con Dinamarca y Croacia, haciendo uso de la cláusula de la nación más favorecida (NMF).

¿Qué dice la cláusula de NMF en el TBI entre Chile y Malasia? El párrafo 1 del artículo 3° expresa lo siguiente:

1. *“Las inversiones hechas por los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado”.*

El tribunal entendió que la aplicación de esta cláusula se ajusta a Derecho, a raíz de que las *“disposiciones del TBI Croacia y del TBI Dinamarca relativas a la obligación de conceder permisos, una vez aprobada una inversión, y al cumplimiento de obligaciones contractuales, respectivamente, pueden considerarse parte de un “trato justo y equitativo”²³⁰.*

“En el marco del TBI, la norma sobre trato justo y equitativo debe interpretarse en la forma que mejor conduzca al cumplimiento del objetivo del TBI de proteger las inversiones y crear condiciones favorables a la inversión”²³¹.

Una vez indicado lo anterior, podemos plantear los argumentos de fondo de la parte demandante, en contra del Estado de Chile.

2.2.1. La demandada infringió la obligación de trato justo y equitativo.

Para ello, trae a colación el párrafo 2 del artículo 2° y el párrafo 1 del artículo 3° del TBI Chile-Malasia y el párrafo 1 del Artículo 4° del TBI Chile-Croacia.

El primer precepto aludido indica que *“las inversiones de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes se les otorgará, en todo momento, un tratamiento justo y equitativo [...]”.*

Mientras que el párrafo 1 del artículo 3°, como ya dijimos previamente, se refiere a la cláusula de NMF.

²³⁰ Ibid., párrafo 103.

²³¹ Ibid., párrafo 104.

Por otro lado, en el TBI entre Chile y Croacia se establece que el derecho al trato justo y equitativo *“no será obstaculizado en la práctica”*²³²

Ahora, la parte demandante invoca estos artículos a raíz de que, el Estado de Chile, habiendo creado e incentivado la sólida expectativa de que el proyecto era factible desde el punto de vista de la regulación en la específica ubicación propuesta, y habiendo suscrito un contrato, confirmando ese emplazamiento, posteriormente desautorizó esa ubicación cuando ya los demandantes habían comprometido irrevocablemente su inversión.

Pero ¿qué ha entendido el CIADI por el trato justo y equitativo? Según Walter Arévalo y Laura García, en los casos de Saluka y Tecmed, se ha relacionado directamente *“al principio del respeto a las expectativas legítimas de los individuos, invocable como principio general del Derecho. En relación al ámbito de las inversiones, se ha entendido este término por los tribunales como la obligación de respetar las más esenciales razones y expectativas que motivaron a los inversionistas a efectuar su inversión y que originalmente fueron alimentadas por la conducta del Estado, y que no pueden verse afectadas por posteriores arbitrariedades”*²³³.

En este caso, la expectativa legítima de la parte demandante dice relación con la posibilidad de llevar a cabo el proyecto en cuestión. Y para ello, requería los permisos de las autoridades chilenas. Cosa que no ocurrió debido a la incoherencia de la acción entre dos ramas del mismo Gobierno y sus autoridades, respecto de la inversión en cuestión²³⁴.

El CIADI, además de hacer uso de los ejemplos ya descritos, invocó el TBI firmado entre Chile y Malasia, ya que, al tenor de este, *“trato justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera”*²³⁵.

Respecto de esta supuesta infracción, ¿cuál fue la opinión del tribunal? Se entendió que se infringió el trato justo y equitativo del inversionista con la actuación del Comité de Inversiones Extranjeras: *“La aprobación por parte del CIE de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana del Gobierno constituye una violación al deber de dispensar a*

²³² Ibid., párrafo 107.

²³³ Walter Arévalo Ramírez y Laura García Matamoros, “De Klockner a Total: la reivindicación de la aplicación de las fuentes del derecho internacional en el arbitraje internacional de inversión extranjera,” Revista de Derecho de Valdivia vol. 34, n°2 (2021). http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502021000200247&lng=es&nrm=iso

²³⁴ Ibid.

²³⁵ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. La República de Chile, Op. Cit. párrafo 113.

*un inversionista un trato justo y equitativo*²³⁶. Lo entiende de dicha manera, porque a pesar de que existiera una supuesta falta de diligencia por parte de los Demandantes, no podía existir divergencia entre lo dicho, en su momento, por el CIE y Ministro del MINVU, en virtud de que ambos órganos, a los efectos de las obligaciones contraídas por Chile, representan la voluntad de un sólo país. Por tanto, que ambos cometieran acciones disparejas constituye una infracción en el trato de la parte Demandante, porque no se respetó las expectativas razonables que llevaron a los inversionistas a efectuar su inversión inicial y que originalmente fueron alimentadas por la conducta del Estado²³⁷.

2.2.2. Violación del TBI por incumplimiento de los contratos de inversión extranjera.

En contraposición a lo anterior, el tribunal aceptó el argumento de la parte demandada sobre el hecho correspondiente a no violar el TBI con motivo del incumplimiento de los contratos de inversión extranjera, debido a que los dos contratos celebrados por la parte Demandante no otorgan por sí solos un derecho ilimitado de llevar a cabo el proyecto en esa ubicación. Estamos hablando más bien de una simple autorización concedida por el Comité, con arreglo al decreto ley n°600, de 1974, con el objetivo de transferir capital. Por ende, ello no quita que, con posterioridad, el Estado de Chile, pueda exigir otras autorizaciones de acuerdo con la legislación nacional. Su argumento se basa en que los inversionistas extranjeros no tienen derecho a un trato preferencial frente a los inversionistas nacionales en el sentido de que no por ser un inversionista extranjero, este tendrá la posibilidad de cambiar el PRMS, en desventaja de un inversionista nacional.

2.2.3. Medidas injustificadas y discriminatorias.

La parte demandante hizo uso del párrafo 3 artículo 3° del TBI entre Chile y Croacia, que indica lo siguiente: *“Cada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentos por inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará la administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de dichas inversiones, mediante medidas irracionales o discriminatorias”*.

Basan este argumento en que, aparte de ser las medidas anteriormente descritas como injustas y no equitativas, también son injustificadas. Asimismo, expresa que la medida del Estado de Chile relativa a negar el cambio de zonificación del lugar en donde se llevaría a cabo el proyecto es discriminatoria, ya que el mismo Estado había permitido la construcción

²³⁶ Ibid., párrafo 166.

²³⁷ Walter Arévalo Ramírez y Laura García Matamoros, Op. Cit.

de otros proyectos inmobiliarios a gran escala en el área de Chacabuco, al norte de Santiago²³⁸.

Por otro lado, la parte demandante entiende que la aceptación y aprobación por la COREMA de una declaración de impacto ambiental (DIA) para apoyar la Modificación N° 48 corresponde a una medida injustificada y discriminatoria, en relación al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) presentado por la Municipalidad de Pirque para sustentar el Plan Seccional propuesto²³⁹.

El tribunal resolvió este punto argumentando que, las medidas llevadas a cabo por el Estado son injustificadas. Esta opinión se fundamenta en que *“la aprobación de una inversión contraria a la política urbana del Gobierno puede considerarse igualmente irracional”*²⁴⁰.

No obstante ello, no parece estar de acuerdo con el punto que señala que el actuar del Estado es discriminatorio, señalando lo siguiente *“la Modificación No. 48 no eximen de la obligación de realizar cambios específicos en el PRMS cuando los terrenos están clasificados como de interés silvoagropecuario”*²⁴¹.

Asimismo, se adhiere a lo dicho en su momento por parte del COREMA cuando rechaza el EIA, desestimando la posibilidad de que sea una medida injustificada y discriminatoria.

2.2.4. Negativa a conceder los permisos necesarios.

Para alegar la supuesta infracción en cuestión, nuevamente la parte Demandante hace uso del TBI Chile y Croacia, en especial, su artículo 3° párrafo 2, que indica lo siguiente: *“Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio, concederá los permisos necesarios de acuerdo con sus leyes y reglamentos”*.

¿A qué permiso se refiere en específico la parte demandante? Para llevar a cabo la inversión inicial, se requería un permiso formal de rezonificación, el cual correspondía una modificación al PRMS. Por tanto, el Estado de Chile tenía la obligación de modificar dicho PRMS.

El tribunal estimó que, dicho artículo sólo garantiza al inversionista extranjero que se aplicaría la Ley para el caso concreto. Es decir, si la solicitud de permiso cumple con todos los requisitos exigidos por la ley, en ese caso, el organismo respectivo deberá aprobarla. No obstante, *“esa disposición no confiere a un inversionista el derecho a la modificación del marco normativo del*

²³⁸ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. La República de Chile, Op. Cit., párrafo 191.

²³⁹ Ibid., párrafo 192.

²⁴⁰ Ibid., párrafo 196.

²⁴¹ Ibid., párrafo 196.

*país donde invierte*²⁴². Por tanto, la cláusula invocada por la parte Demandante no tiene relación con su alegación.

El tribunal concluye estableciendo que no hubo infracción del TBI por parte de la demandada al no modificar el PRMS para que la ejecución del proyecto avanzara.

2.2.5. Expropiación.

La parte demandante basó su argumento en el artículo 4° del TBI entre Chile y Malasia, al indicar que *“después de recibir la autorización del Estado; fue obligada a detener la ejecución del proyecto debido a que se le informó que carecía del permiso necesario; intentó obtener tal permiso, pero sus intentos fueron rechazados; y, consecuentemente, no pudo continuar con el Proyecto y esencialmente perdió el valor de su inversión. En estas circunstancias, el tratamiento sufrido por el inversionista constituye una expropiación indirecta*²⁴³.

Para reforzar la idea anterior expresan que *“hay expropiación indirecta cuando el Estado priva al inversionista del uso y goce de su inversión sin privarlo formalmente de su titularidad*²⁴⁴.

El tribunal rechazó este argumento, diciendo que este caso más bien se debe subsumir bajo el alero de la noción del trato injusto, llevado a cabo por el Estado al aprobar una inversión incompatible con su propia política, más que una expropiación. Ello debido a que un inversionista no tiene derecho a una modificación de las leyes del país receptor. En otras palabras, Chile puede modificar la ley en cuestión, pero no está obligado a hacerlo.

2.2.6. Conclusión y análisis.

Como podemos apreciar, el Estado de Chile no resultó perdedor absoluto en este caso. Es más, el Tribunal consideró que el país había violado las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 3° del TBI entre Chile y Malasia, en razón de no entregar un trato justo y equitativo a la parte demandante, desestimando en el camino todos los otros argumentos de fondo.

Por ende, no podemos considerar esta derrota como una absoluta, porque, si leemos con cuidado el laudo del ente arbitral, veremos que en reiteradas ocasiones rechazó lo alegado por la parte demandante.

Ahora, será necesario identificar si los dos argumentos usados a favor de la parte demandante ante el tribunal, es decir, el trato justo y equitativo y la cláusula de la nación más favorecida,

²⁴² Ibid., párrafo 205.

²⁴³ Ibid., párrafo 207.

²⁴⁴ Ibid., párrafo 211.

están reconocidos en nuestro marco constitucional, relacionado a la protección y garantías del inversionista extranjero, o más bien tienen lugar meramente en el Derecho Internacional.

Partiremos estableciendo que ninguno de estas instituciones tiene reconocimiento en la Constitución en vigor. No obstante, sí lo tiene en el marco legal de protección y garantías del inversionista extranjero.

Recordemos que forman parte de aquel marco legal los diversos tratados internacionales económicos firmados por Chile y en vigor. Con ello, incluimos los diversos acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y aquellos capítulos de inversión de los tratados de libre comercio. Asimismo, *“las reglas contenidas en los acuerdos internacionales de inversión son un indicador importante para la negociación de acuerdos entre el Estado anfitrión y los inversionistas, más aún si el Estado negociador no cuenta con tratados de este tipo; porque representan lo que los inversores quieren del país de acogida”*²⁴⁵.

Y es en ellos donde podemos observar el reconocimiento expreso de las cláusulas trato justo y equitativo y trato de nación más favorecida.

Pero no es posible percibirlos dentro de la normativa interna. ¿Esto es un problema? *A priori*, entendemos que sí, ya que, para responder esta pregunta, es necesario conocer qué jerarquía tienen los tratados internacionales dentro del Derecho nacional. Asunto que, hasta el momento, no existe consenso sobre la forma en que debiera resolverse por parte del Tribunal Constitucional²⁴⁶.

En el plano internacional, rige la expresión en latín “pacta sunt servanda,” es decir, lo pactado obliga. Por tanto, los Estados son libres para pactar los tratados internacionales que estimen convenientes, *“pero una vez que estos han sido debidamente celebrados y ratificados, deben ser respetados por las partes”*²⁴⁷.

En cambio, en el escenario nacional, *“la solución resulta más compleja, ya que el tratado recién celebrado debe ser incorporado en el ordenamiento jurídico interno y si contiene*

²⁴⁵ Víctor Saco y Pamela Torres, “¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? Propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos,” *Agenda Internacional*, vol. 25, n° 36 (2018): 222.

²⁴⁶ Elisa Pérez Herrera, “Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales” (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2018): 15. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151648/Valor-jurídico-y-jerarquía-en-el-derecho-chileno-de-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales.pdf>

²⁴⁷ Raúl Campusano Droguett e Ignacio Carvajal Gómez, “Derecho Internacional y Constitución” *Actualidad Jurídica*, n° 43 (2021): 109. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/04/AJ-N-43-enero-21-Campusano-y-Carvajal-Derecho-Internacional-y-Constitución.pdf>

*disposiciones distintas o contrarias a las normas chilenas, debe decidirse qué regulación tiene rango superior y, por ende, qué normativa debiera aplicarse*²⁴⁸. Y a diferencia de lo que ocurre con otras Constituciones internacionales, la nuestra no tenía un artículo claro que resolviera este problema.

No obstante, y tras la reforma constitucional de 2005, dentro de las atribuciones del Congreso, se agregó el numeral 1 del artículo 54°, estableciendo la potestad de *“aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”*.

Y es la frase “en lo pertinente” la que ha llevado al consenso en la doctrina a adscribir a la teoría de que los tratados internacionales son una fuente de derecho distinta a la ley²⁴⁹, al indicar que *“es un error equiparar a la ley con el tratado, y consecuentemente se reconoce la existencia de dos sistemas jurídicos, permitiendo que el tratado al ser incluido, comunicado, al derecho nacional, no adquiera el rasgo de una ley, sino que mantenga su identidad, su valor jurídico, en tanto Tratado Internacional”*²⁵⁰.

Sin embargo, este consenso no existe en el plano jurisprudencial nacional, es decir, por parte del Tribunal Constitucional²⁵¹, generando cierta incertidumbre en cuanto a la jerarquía de este.

No obstante lo anterior, la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, ratificado por Chile en 1981, expresa en sus artículos 26° y 27°, *“la obligación de los tribunales nacionales de dar aplicación a las normas internacionales convencionales”*²⁵² mitigando la inseguridad que comentábamos.

El artículo 26° indica que *“todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*. Como se puede apreciar, esta es *“una regla de valor objetivo derivada de la idea misma de justicia, estipulando que ni los acuerdos internacionales ni los derechos*

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Elisa Pérez Herrera, Op. Cit. 15.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid., 16.

²⁵² Regina Ingrid Díaz Tolosa, “La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales. Reseña del libro de Díaz Fuenzalida, Juan Pablo: Principales tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU aplicables en los tribunales de justicia en Chile. Concordancias con las garantías constitucionales chilenas y jurisprudencia relevante de los máximos tribunales,” *Revista Justicia y Derecho*, vol. 2, n° 1 (2019): 156.

*internos pueden condicionarlo, respecto a este principio sólo caben dos actitudes, respetarlo o violarlo*²⁵³.

Por otro lado, el artículo 27° habla de la imposibilidad de aludir a disposiciones de Derecho interno para sustraerse de las obligaciones internacionales asumidas: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

Por ende, y gracias a la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, los tribunales nacionales *“deben dar aplicación al derecho internacional convencional vigente en el orden interno, y por tanto aún a falta de la deseable armonización legislativa, deberá a través de la interpretación dar una aplicación de los tratados internacionales armoniosa con las normas internas”*²⁵⁴, dejando atrás la concepción de incertidumbre que puede generar la falta de consenso en la jurisprudencia respecto a la jerarquía que goza un tratado internacional, en virtud de que los tribunales nacionales, independiente de aquella discusión, deberán respetar los tratados internacionales suscritos por el Estado. Respecto de este tema se ha expresado lo siguiente: *“el impacto de esta unión de ordenamientos jurídicos ha originado que las obligaciones internacionales sean una nueva «fuente de derecho interno» y que la normativa interna, incluso la Constitución, deba ser interpretada de acuerdo con las normas internacionales”*²⁵⁵.

Ahora, ¿qué ocurre en la situación donde no hay tratado de por medio? Es decir, estamos en la siguiente situación: Un inversionista extranjero decide realizar un proyecto en suelo nacional, inversionista cuyo origen es Argelia, país con el cual nuestro país no ha firmado acuerdo económico alguno.

Ciertamente, respecto de los países con los cuales Chile no ha firmado un tratado, no podrán acogerse a las cláusulas previamente expuestas, ya que este beneficio no está dentro del marco legal chileno, sino que se encuentra presente en los diversos tratados internacionales económicos que ha firmado Chile y que se encuentran en vigor.

Sin embargo, y a pesar de que el inversionista argelino no contará con las prerrogativas clásicas de los tratados internacionales firmados por Chile, eso no significa que quede en

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ César Higa y Víctor Saco, “Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo” *Derecho PUCP*, n° 71 (2013): 235. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8903/9308>

indefensión, pues de todas formas podrá hacer uso de los derechos y garantías previamente expuestas en el capítulo II de esta memoria. Es más, *“el derecho interno ya es utilizado para alcanzar el cumplimiento de las normas de los acuerdos internacionales de inversión”*²⁵⁶. Hecho que se materializa en nuestra Constitución, pues cuenta con una gran lista de derechos y garantías en favor del inversor foráneo.

Para mayor detalle, es importante mencionar que *“el derecho internacional tiene un impacto en el derecho interno, dado que este último debe adaptarse al primero para no violarlo. Sin embargo, el derecho internacional reconoce que el Estado tiene márgenes de actuación para incorporar sus obligaciones internacionales en su ordenamiento. Por ello, ambos ordenamientos jurídicos tienen que ajustarse mutuamente para evitar contradicciones entre ambos o el rechazo de uno al otro. El punto de encuentro de esta adaptación y coordinación se encontrará en la Constitución, que es la base de todo el derecho interno”*²⁵⁷.

Entonces, ¿están en una situación de desprotección absoluta? *A priori*, podríamos responder negativamente ante esta pregunta, dado que, a pesar de no poder aplicar estas cláusulas para situaciones particulares relacionadas al inversor extranjero, sería posible hacer aplicable la esencia de dichas cláusulas a través de otros principios que nuestro marco constitucional y legal sí ostenta.

Pasaremos a analizar lo anterior a raíz de cuatro cláusulas que se encuentran en los diversos tratados internacionales de inversión que nuestro país ha suscrito. Entre ellos: trato justo y equitativo, expropiación, nación más favorecida, y solución de controversias.

En primer lugar, el trato justo y equitativo. De acuerdo con su definición, el protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza del Pacífico en su artículo 10.6, expresa lo siguiente: *“trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”*. Asimismo, el Juez Schwebel en el mismo laudo arbitral MTD que estamos analizando, expresa que el *“tratamiento justo y equitativo es una norma amplia y extensamente aceptada que abarca criterios fundamentales tales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad”*²⁵⁸.

²⁵⁶ Víctor Saco y Pamela Torres, Op. Cit. 223.

²⁵⁷ César Higa y Víctor Saco, Op. Cit. 232.

²⁵⁸ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. La República de Chile, Op. Cit, párrafo 109.

Por tanto, podemos desprender de este estándar dos principios: en primera instancia, el principio de no discriminación; y en segunda instancia, el debido proceso.

En nuestro país, encontramos el primer principio en el numeral 22 del artículo 19 de nuestra Constitución Política: *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”* Y el segundo principio, también está establecido en el artículo 19 numeral 3 de la Carta Magna que indica lo siguiente: *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.

Estos derechos no solo son reconocidos por la Constitución, *“además, están protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias oportunidades”*²⁵⁹.

Con todo, podríamos afirmar que el inversor extranjero argelino sí se encontraría en una desprotección relativa, pues recordemos que, el principio de no discriminación sólo hace alusión al impedimento por parte del Estado de discriminar arbitrariamente. Con ello queremos expresar que *“no toda distinción queda prohibida, sino que sólo aquellas que son arbitrarias, es decir, que no gozan de un sustento lógico y racional”*²⁶⁰.

Por lo tanto, el Estado de Chile se encuentra legitimado para discriminar entre inversionistas extranjeras cuyos países de origen hubieren suscrito o no algún tratado internacional.

En cambio, y con relación al debido proceso, el inversor argelino sí estaría resguardado por el ordenamiento interno, pues este principio se encuentra establecido explícitamente. Además, el derecho al debido proceso está recogido en diversos tratados de derechos humanos previamente suscritos por Chile, como lo es la *Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8º, el cual se debe relacionar con los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 7º, el artículo 9º, el artículo 10, el artículo 24, el artículo 25, y el artículo 27*²⁶¹.

En segundo lugar, la cláusula de expropiación. En ellas, *“las condiciones contenidas en la mayoría de los TBIs consisten en que la medida estatal esté justificada en el interés público,*

²⁵⁹ César Higa y Víctor Saco, Op. Cit. 252.

²⁶⁰ Raúl Madrid, “El principio de no discriminación arbitraria en el orden público económico de la constitución chilena” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* vol. 5, nº2 (2013), 119. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007484>

²⁶¹ Víctor Rodríguez Rescia, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en: *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio* (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998): 1296. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/52690>

que no sea discriminatoria ni arbitraria”²⁶² Sin embargo, “algunos TBIs exigen explícitamente el respeto de la garantía del debido proceso, y que sea acompañada de una pronta (sin dilaciones indebidas), adecuada (valor de mercado) y efectiva (en moneda convertible) indemnización”²⁶³.

Asimismo, “la expropiación puede llevarse a cabo de distintas formas, clasificándose principalmente en dos grandes categorías, a saber: la expropiación directa y la expropiación indirecta”²⁶⁴. La primera, es la institución que comúnmente nosotros conocemos, es decir, “aquella que implica un acto formal, directo y deliberado mediante el cual el Estado o un tercero actuando bajo sus órdenes, adquieren los derechos de propiedad del inversionista”²⁶⁵. La segunda tiene que ver más bien cuando “las medidas tomadas generan la pérdida efectiva de administración, uso y control de los activos propiedad de un inversionista extranjero, o una depreciación significativa del valor de éstos”²⁶⁶.

Ahora, ¿nuestra Constitución Política cuenta con cada uno de estos puntos? La Carta Magna hace alusión a la expropiación en el artículo 19 numeral 24 inciso tercero, a propósito del derecho de propiedad, estableciendo lo siguiente: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno 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”.

Como podemos observar, nuestra garantía constitucional cumple con todos los puntos de la cláusula de expropiación inserta en los tratados internacionales de inversión, pues indica que sólo procederá cuando se trate de una ley que la autorice por causa de utilidad pública o de interés nacional. Asimismo, se hace cargo tanto de la expropiación directa como indirecta, especialmente de esta última, pues expresa que habrá expropiación cuando recaiga sobre

²⁶² Juan Pablo Bohoslavsky, “Tratados de protección de las inversiones e implicancias para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)” Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (Santiago: CEPAL, 2010), 36. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/fc1ed5b8-e13a-422e-aacc-9fc862812de9/content>

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Juan Andrés Miralles Quintero, “Las cláusulas de protección frente a la expropiación en los tratados bilaterales de inversión de Venezuela” *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, n°2 (2021), 326. <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A16-pp-323-351.pdf>

²⁶⁵ Ibid., 327.

²⁶⁶ Ibid., 327.

alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio. En especial, el numeral 26 del artículo 19 que establece lo siguiente: *“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”*. Y, por último, hace alusión a la indemnización, que, en el caso de que no sea de agrado del inversionista, este podrá apelar ante los tribunales nacionales.

En tercer lugar, la cláusula de la nación más favorecida (NMF), *“este estándar sobre tratamiento acordado a los inversores implica que en aquellos supuestos donde un TBI otorgue un mejor trato a un inversor de un tercer Estado, pero en que ambos hayan firmado un TBI con el Estado receptor, pudiera aplicarse el TBI más favorable al inversor”*²⁶⁷. Dicho estándar se desprende del tratamiento no discriminatorio por parte de los TBI.

Sin embargo, *“el concepto es más amplio aún, ya que significa un tratamiento igualitario a todos los países, toda vez que expresa las concesiones, privilegios o inmunidades otorgadas o a otorgarse en un acuerdo comercial o de inversión por parte de un país hacia otro que sería en ese caso concreto el más favorecido a ese respecto. Como consecuencia todos los países a los cuales el país otorga el trato de nación más favorecida son o deberían ser tratados en términos de igualdad con dicho país. Podemos decir entonces que NMF significa tratamiento en igualdad de condiciones”*²⁶⁸.

Ahora, ¿es posible suplir este estándar con alguna garantía constitucional? Ciertamente no, pues, a pesar de ser aplicable el principio de no discriminación que se encuentra en la Carta Magna, este estándar *“se otorga a través de la firma de tratados internacionales celebrados entre Estados soberanos”*²⁶⁹. Y, por tanto, requiere de un tratado suscrito por las partes en cuestión. Concluimos entonces que el estándar de la nación más favorecida sería la única cláusula que exige la suscripción de un tratado internacional, no haciendo posible la aplicación de las garantías constitucionales al caso del inversor argelino, que empleamos como ejemplo.

²⁶⁷ Christian Sommer, “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos” *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 6, (2013), 103. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2963>

²⁶⁸ Patricia Arsen, *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003): 12. <https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2022-01/arquivos/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf>

²⁶⁹ Irene García Corona, “Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos” (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013): 149. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3334/7.pdf>

En cuarto y último lugar, encontramos en los TBIs las cláusulas de resolución de controversias. Son aquellas *“surgidas entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión basado en las cláusulas de doble paso; una combinación de negociaciones de buena fe y arbitraje comercial internacional”*²⁷⁰. Planteada una controversia sobre inversión las partes involucradas *deben intentar solventarla mediante negociaciones de buena fe durante un determinado período de tiempo, a determinar individualmente en cada TBI. Solo una vez demostrada su ineficacia, las partes pueden someter entonces su resolución definitiva a un arbitraje internacional independiente; es decir, cualquier arbitraje ad hoc –celebrado al amparo del –celebrado al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976- o institucional –por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo- en el cual ninguna de las partes de la controversia pueda elegir la mayoría de los componentes del Tribunal Arbitral*²⁷¹.

Entonces, ¿qué ocurre con los inversores argelinos, por ejemplo, cuando se promueva una controversia con el Estado de Chile ¿Se encontrarán en una situación de desprotección? Tendrán que hacer uso de las alternativas de protección diplomática, puesto que el inversionista extranjero deberá recurrir a las vías judiciales internas cuando el Estado receptor de las conductas no cumpla con ciertas normas básicas²⁷². En otras palabras, la cláusula de resolución de controversias de los TBIs, *“vienen a mitigar el temor y la desconfianza que despierta en los inversionistas extranjeros los tribunales jurisdiccionales del Estado donde la inversión se encuentra radicada, en el entendimiento de que los mismos podrían estar sesgados en la defensa de los intereses del Estado receptor de la inversión”*²⁷³. Por tanto, el inversionista argelino deberá demandar ante los tribunales chilenos por la presunta infracción.

Asimismo, y no menos importante, recordemos que el inversionista extranjero podrá invocar para su protección todas las garantías constitucionales previamente aludidas en el capítulo II de esta memoria, a pesar de no existir tratado internacional de inversiones suscrito entre su país natal y el de destino. No quedando en un estado de indefensión, pues podrá hacer uso de la acción de protección cuando se vulnere alguna de las garantías constitucionales que

²⁷⁰ Jones Day, “La solución de controversias de inversión” Jones Day Legal Minds Global Intelligence (2005), 4.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Andrés Urzúa Farías, “Sistema de solución de controversias inversionista Estado (ISDS) en crisis: Estados Unidos y la Unión Europea” *Revista de Derecho Económico*, vol. 78, n°1(2021), 95.

²⁷³ Ernesto Velázquez Argaña, “Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y el contrato de inversión. ¿Jurisdicción local o internacional? Interacciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado” *Estudios de Derecho Empresario*, vol. 9 (2016), 194. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/15952>

permita su procedencia; la acción de amparo económico cuando se vulnere el numeral 21 del artículo 19 de nuestra Constitución; el recurso de inaplicabilidad por inconstitucional cuando lo estime necesario; o incluso hacer uso del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

En conclusión, y tras analizar estas cuatro cláusulas típicas de los tratados internacionales de inversiones, podemos establecer que el inversor argelino quedará protegido, aun cuando su país de origen no cuente con un TBI firmado con nuestro país, ya que los estándares, en distinta medida, tienen cierto respaldo en alguna garantía constitucional, con la excepción del estándar de trato justo y equitativo, en su vertiente de no discriminación, y de la nación más favorecida por las razones previamente aludidas. Y no tan sólo eso, sino que contará con los siguientes derechos establecidos en forma explícita en nuestra Constitución, como lo son: reconocimiento de los cuerpos intermedios, igualdad ante la ley, libertad de asociación, libertad económica y limitación del Estado empresario, no discriminación arbitraria en materia económica, derecho a la propiedad, derecho de propiedad, y limitación a la regulación legislativa. Y el resto de las herramientas que le permite accionar ante los tribunales de justicia cuando exista una presunta violación o infracción a sus derechos y garantías constitucionales.

Por tanto, y, en resumen, el inversor argelino ciertamente no contará con las prerrogativas que emanan de los tratados internacionales en materia de inversión, sin embargo, ello no significará que el inversor extranjero quede en un estado de indefensión, pues siempre podrá acudir a los artículos de derechos y garantías que están expresados en la Constitución Política de la República.

CONCLUSIÓN

Tras analizar el marco constitucional en materia de inversiones; el sistema arbitral del Centro y su relevancia a la hora de la solución de controversias sobre la materia; y algunos aspectos de lo resuelto como resultado de demandas interpuesta ante dicha institución en contra de Chile, y con mayor detalle el caso MTD (Malasia) v/s Estado de Chile, nos encontramos en posición de responder la hipótesis inicial de esta memoria que establecía lo siguiente: *el marco constitucional, que se ha entendido que resulta aplicable a los inversionistas extranjeros, ha incidido en la baja cantidad de demandas de los inversores extranjeros en contra del Estado de Chile, en relación con otros países de América del Sur, ante el CIADI.*

Como apreciamos en el capítulo II de esta memoria, ciertamente la Constitución de 1980 cuenta con una gran variedad de garantías mínimas a favor de los inversores extranjeros, generando una mayor atracción de flujo de capitales foráneos a territorio nacional. No obstante ello, la gran cantidad de tratados internacionales que ha firmado y suscrito Chile en materia de inversiones, como lo son los Tratados de Libre Comercio, los Tratados Bilaterales de Inversión y Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, han jugado un papel fundamental en esta alta captación de capitales extranjeros.

¿Pero es la Carta Magna el principal motivo detrás de la baja cantidad de demandas de los inversores extranjeros en contra del Estado ante el Centro? Concluimos que corresponde a una serie de factores, dentro de los cuales incluimos la Constitución Política, por los siguientes argumentos:

En primer lugar, se debe en gran medida al catálogo de derechos y garantías mínimas en favor del inversionista extranjero en ella fijados, cuya extensión cubre los puntos más importantes a considerar por estos a la hora de decidir si invertir o no en suelo nacional. Entre ellos encontramos los siguientes: reconocimiento de los cuerpos intermedios; la igualdad jurídica; la libertad de asociación; la libertad económica y limitación del Estado empresario; la no discriminación arbitraria en materia económica; el derecho a la propiedad; el derecho de propiedad; y la limitación de la regulación legislativa. Y no tan sólo disfrutarán de estos derechos, sino que también tendrán acceso a los mecanismos constitucionales de protección, que resguardan todos los derechos previamente aludidos. Podemos nombrar: la acción de protección, acción constitucional de amparo económico, control de legalidad por parte del Tribunal Constitucional, recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Por tanto, los inversionistas extranjeros al contar con derechos, garantías y mecanismos de acción judicial por la Carta Magna, es difícil que decidan demandar ante el Centro, pues en todo momento se estarían resguardando sus garantías, y en caso de que ello no ocurra, podrán acudir a los medios constitucionales para reestablecer el imperio del Derecho.

Ahora, es importante mencionar en este punto la promulgación de leyes dentro del ordenamiento interno que forman parte del estatuto del inversor extranjero en nuestro país, pues ellas cumplen un rol fundamental a la hora de complementar las garantías mínimas que se encuentran en la Constitución de 1980.

En segundo lugar, se debe a la certeza jurídica que representa nuestra Carta Fundamental, en razón a su difícil posibilidad de modificación por los quórum necesarios para ello. Este hecho incentiva a los inversores foráneos a invertir en suelo nacional, pues, a contraposición de lo que ocurre en otros países de Latinoamérica, la Constitución de 1980 dejó enclaves que impiden su modificación o derogación fácilmente.

En tercer lugar, si observamos las demandas frente al Centro, el Estado de Chile sólo ha resultado perdedor en el caso caratulado “MTD (Malasia) v/s Chile.” Pero dicha pérdida no es posible calificarla como absoluta, producto de que, en dicha instancia, el Tribunal consideró que el país había violado las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 3° del TBI entre Chile y Malasia, en razón de no entregar un trato justo y equitativo a la parte demandante y la cláusula de la nación más favorecida, desestimando en el camino todos los otros argumentos de fondo que había expuesto la parte contraria.

A pesar de estas cláusulas no tengan reconocimiento expreso en nuestra Constitución Política, un inversor extranjero cuyo país de origen no contemple algún tratado internacional de inversión con nuestro país, no estará desamparado del todo, pues siempre podrá acudir a los derechos y garantías mínimas constitucionales que, como ya establecimos, no son pocas. Pudiendo siempre acudir a garantías asimilables a dichas cláusulas como podría serlo el principio de no discriminación, y a las acciones jurisdiccionales que permitirían protegerla frente a los tribunales nacionales.

Sin embargo, la Constitución Política no es la única razón detrás de la baja cantidad de demandas interpuestas en contra del Estado de Chile ante el Centro, sino que también cumple un rol fundamental la situación política y económica del país, pues si observamos los principales motivos detrás de los países más demandados ante el Centro, Argentina y Venezuela, estas corresponden a expropiaciones, derivadas de los gobiernos de turno.

Escenario distinto al nacional, ya que, tras la vuelta a la democracia, Chile no ha vivido una situación de tal magnitud que genere el efecto de trasladar masivamente los capitales foráneos a otros países.

En conclusión, es posible afirmar que la Constitución Política de la República ha incidido en la baja cantidad de demandas interpuestas ante el Centro, independientemente de que existan otros factores que ayuden a lo anterior, como podría serlo la situación política y económica del país.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales y memorias:

- ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. "Las características del Arbitraje del CIADI" *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 2 (2002): 205-229. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/34>
- ÁLVAREZ VERETERRA, Paz. "Inversión extranjera directa en América Latina: Desarrollo e impacto en la economía chilena" (TFG para optar Grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad Pontificia Comillas Valladolid – Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 2018). <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26559/TFG%20-%20Alvarez%20Vereterra%2c%20Paz.pdf?sequence=1&isAllowed=>
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio. "La jurisprudencia del amparo económico los tres grandes déficits de la última década" *Estudios Constitucionales*, vol. 11, n°1, (2013): 167-220. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art06.pdf>
- AGOSTINI, Claudio y SAAVEDRA, Eduardo. *La Industria del Petróleo en Chile*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2019. <https://fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/07/inv219.pdf>
- ASTUDILLO JIMÉNEZ, Alejandro. "Flujos de inversión directa, fortalecimiento democrático y coyuntura política: El caso de Chile" *México y la cuenca del Pacífico* vol. 6, n°18 (2017): 37-63. <https://www.scielo.org.mx/pdf/mcp/v6n18/2007-5308-mcp-6-18-00037.pdf>
- ARBITRAJE INTERNACIONAL DE ACERIS LAW LLC. "Trato justo y equitativo en el arbitraje de inversiones" Recuperado el 30 de Enero de 2023, <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/fair-and-equitable-treatment-in-investment-arbitration/>

- ARCIL CAMPOS, Carolina. "Estudio crítico sobre el sentido y ámbito de aplicación del Recurso de Amparo Económico" *Revista de Ciencias Sociales*, n°71 (2017): 35-65. <https://revistas.uv.cl/index.php/racs/article/view/1630>
- ARÉVALO RAMÍREZ, Walter y GARCÍA MATAMOROS, Laura. "De Klockner a Total: la reivindicación de la aplicación de las fuentes del derecho internacional en el arbitraje internacional de inversión extranjera" *Revista de Derecho de Valdivia* vol. 34, n°2 (2021): 247-270. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502021000200247&lng=es&nrm=iso
- ARSEN, Patricia. *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003. <https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2022-01/arquivos/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf>
- BANCO CENTRAL, "Boletín Estadístico 23 de enero 2023" Información económica integrada vol. 90, n°1224 (Enero 2023): 1-189. <https://www.bcentral.cl/documents/33528/133431/BE20230123.pdf/6fd70a7c-ef71-29b2-3e3a-db0cf8f19e7f?t=1674241288723>
- BANCO CENTRAL DATOS. "PIB per cápita (US\$ a precios actuales) - Latin America & Caribbean," Recuperado el 6 de Noviembre de 2022, <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=ZJ>
- BANCO MUNDIAL. "Crecimiento del PIB (% anual) – Chile" Recuperado el 31 de Enero de 2023. <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=CL>
- BANCO MUNDIAL. "Crecimiento del PIB per cápita (% anual) - Latin America & Caribbean" Recuperado el 31 de Enero de 2023. <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.KD.ZG?locations=ZJ>
- BLANCO ESTÉVEZ, Adrián. "Introducción." *Global LATAM 2021: Series Inversión Extranjera* (2021): 7-16. <https://www.segib.org/?document=informe-global-latam-series-de-inversion-extranjera-2021>

- BLOG INVESTCHILE. “Cómo Invertir en Chile: Incentivos a la inversión extranjera en Chile.” Recuperado el 18 de Noviembre de 2022, <http://blog.investchile.gob.cl/bloges/incentivos-inversion-extranjera-chile#:~:text=La%20ley%20chilena%20establece%20un,apoyo%20de%20terceros%2C%20as%C3%AD%20como>
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *Tratados de protección de las inversiones e implicancias para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago: CEPAL, 2010. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/fc1ed5b8-e13a-422e-aacc-9fc862812de9/content>
- BOLADO PIZZI, Álvaro y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl. “Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI” *Actualidad Jurídica*, n°32 (Julio 2015): 245-279. <https://derecho.udd.cl/actualidadjuridica/files/2016/01/32-Ensayos-Algunas-reflexiones-en-torno.pdf>
- CABALLERO MORALES, Luz Betty. “El Arbitraje CIADI y los Mecanismos Preventivos de Solución de Controversias Inversionista-Estado: el Caso Peruano” *Lex*, n°18 (2016): 221-255.
- CADEMARTORI, Ján José, *El Impacto de la inversión extranjera 1990-2000 sobre el desarrollo durable de la región minera de Antofagasta (Chile)*, Memoria para optar al grado de Doctor en Ciencias Sociales, Université catholique de Louvain– Facultad de Ciencias Sociales, económicas y políticas, 2007.
- CALLEN, Tim. “¿Qué es el producto interno bruto?” *Finanzas y desarrollo: Publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial* vol. 45, n°4 (2008): 48-49. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2008/12/pdf/basics.pdf>

- CAMPOS SÁNCHEZ, Nathaly Mara “La determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: consideraciones en torno a la aplicación del test Salini” (Tesis presentada para optar el grado académico de Magíster en Derecho Internacional Económico – Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013).
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4626/CAMPOS_SANCHEZ_NATHALY_TRIBUNALES_ARBITRALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl y CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio. “Derecho Internacional y Constitución” *Actualidad Jurídica*, n° 43 (2021): 103-161.
<https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/04/AJ-N-43-enero-21-Campusano-y-Carvajal-Derecho-Internacional-y-Constitución.pdf>
- CARRASCO LEMUS, Catalina Pilar y VITO CORTEZ, Loredana Fiorella *Condicionantes de la inversión extranjera directa de India en Chile* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias en la Administración de Empresas y al título de ingeniero comercial, Universidad de Valparaíso-Facultad de Ciencias económicas y administrativas).<https://repositoriobibliotecas.uv.cl/serveruv/api/core/bitstreams/b4da7106-75ed-4f25-ac2a-30b3df1e73a1/content>
- CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno* Tomo II: Derechos, Deberes y garantías. Santiago: Ediciones Universidad Católica De Chile, 2004.
- CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno* Tomo II Segunda Edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012.
- CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- CIADI: Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones. “Acerca del CIADI.” Recuperado el 2 de Enero de 2023, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI>

- CIADI: Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones. "Casos concluidos." Recuperado el 12 de Diciembre de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/casos/concluidos>
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial. "Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 25 de Octubre de 2022)." Recuperado el 17 de febrero de 2024, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%203/ICSID-3--SPA.pdf>
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial. "Recursos: Características Especiales y Ventajas de la membresía en el CIADI." Recuperado el 6 de enero de 2023, <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/caracteristicas-especiales-y-ventajas-de-la-membresia-en-el-ciadi>
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Grupo Banco Mundial. "Base de datos de Estados Miembros del CIADI." Recuperado el 12 de Febrero de 2023. <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Carga de Casos del CIADI – Estadísticas Edición 2022-2, 12, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statist_ics_2022-2_SP.pdf
- CIARGLOBAL. "Arbitraje entre Codelco y Ecuador continúa con la formación del tribunal" Recuperado el 16 de enero de 2024. <https://ciarglobal.com/arbitraje-entre-codelco-y-ecuador-continua-con-la-formacion-del-tribunal/>
- CIARGLOBAL. "¿Ser Miembro CIADI es positivo para la atracción de inversión extranjera?" Recuperado el 12 de Febrero de 2023. <https://ciarglobal.com/ser-miembro-ciadi-es-positivo-para-la-atraccion-de-inversion-extranjera/>

- CODELCO. “Codelco inicia proceso para que Enami EP, la Empresa Nacional Minera de Ecuador, cumpla acuerdos respecto al proyecto Llurimagua.” Recuperado el 16 de enero de 2024. <https://www.codelco.com/prensa/2020/codelco-inicia-proceso-para-que-enami-ep-la-empresa-nacional-minera-de>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Informe sobre las inversiones en el mundo 2022. Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2022.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe 2019. Santiago: CEPAL, 2019.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe. Santiago: CEPAL, 2022.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe. Santiago: CEPAL, 2021.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, 2023. Santiago: CEPAL, 2023.
- COPPELLI ORTIZ, Gerardo “La globalización económica del siglo XXI. Entre la mundialización y la desglobalización” *Estudios Internacionales* vol. 50, n°191 (2018): 57-80. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2018.52048>
- CUMBICUS, Mary y PONCE, Pablo. “Riesgo país e inversión extranjera directa: un contraste entre las economías de Ecuador, Perú y Colombia” *Revista Económica* vol. 6, n°1 (2019): 21-27. <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/economica/article/view/787/626>
- DE GREGORIO, José. *Macroeconomía: Teoría y Políticas*. Ciudad de México: Pearson Educación, 2007.

- DIARIO FINANCIERO. "Fundador de MELI entra como inversionista: NotCo extiende Serie D por US\$ 70 millones." Recuperado el 4 de Febrero de 2023. <https://dfmas.df.cl/df-mas/punto-de-partida/fundador-de-mercado-libre-entra-como-inversionista-notco-extiende-ronda>
- DÍAZ GARCÍA, Iván. "Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional" *Revista Chilena de Derecho* vol. 40, n°2 (2013): 635-668. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200011
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. "La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales. Reseña del libro de Díaz Fuenzalida, Juan Pablo: Principales tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU aplicables en los tribunales de justicia en Chile. Concordancias con las garantías constitucionales chilenas y jurisprudencia relevante de los máximos tribunales." *Revista Justicia y Derecho*, vol. 2, n° 1 (2019): 154–162. <https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/276>
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. "Repertorio Constitucional," Recuperado el 12 de Noviembre de 2022. <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Doctrinas--129--Inciso>
- DORNBUSCH, Rudiger, FISCHER, Stanley y STARTZ, Richard. *Macroeconomía*. Ciudad de México: Mc Graw Hill Education, 2009.
- DUGART, John. "Artículos sobre protección diplomática." United Nations Audiovisual Library of International Law (2013): 1-10. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_s.pdf
- EL MERCURIO. "El 20 de enero vence plazo para que inversionistas extranjeros soliciten invariabilidad tributaria con tasa de 44,45%." Recuperado el 5 de enero de 2023. <https://portal.nexnews.cl/showN?valor=dat90>.
- ENFOQUES PARA LA PLANEACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS PROYECTOS DE DESARROLLO. Tokio: Agencia de Cooperación Internacional del Japón, 2004.

https://www.jica.go.jp/jica-ri/IFIC_and_JBICI-Studies/english/publications/reports/study/topical/enfoques/pdf/comercio_00.pdf

- ESIS VILLARROEL, Ivette S. "Principales disposiciones del Capítulo 8 de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio Brasil-Chile: Novedades y desafíos" *Actualidad Jurídica*, n° 48 (2023): 139-158. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2023/10/ivette-esis-principales-disposiciones-del-capitulo-8-de-inversiones-del-acuerdo-de-libre-comercio-brasil-chile-1.pdf>
- FARÍAS CARRIÓN, Emmanuel y MORENO FIGUERAS, Juan José. "Estado subsidiario: Límites y proyecciones de la democracia territorial en Chile" *Revista temas sociológicos*, n°19 (2015): 105-132.
- FFRENCH DAVIS, Ricardo, "Globalización económica y desarrollo nacional: evolución y algunos desafíos actuales" *Estudios Internacionales* vol. 49, (2017): 89-112. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2017.47534>
- GAJARDO FALCÓN, Jaime. "El derecho de propiedad privada en la Nueva Constitución." *Contexto - Centro de Derechos Humanos UDP*: Facultad de Derecho (2021): 1-11. https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Contexto_CDH-minuta_elderechodepropiedad.pdf
- GALINDO CARDONA, Álvaro. "El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones" *Iuris Dictio*, vol. 12, n° 14 (2010): 195-202. https://www.researchgate.net/publication/321891790_El_consentimiento_en_el_arbitraje_internacional_en_materia_de_inversiones
- GALINDO SOZA, Mario. "La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico" *Revista Jurídica Derecho* vol. 7, n° 9 (2018): 126-148. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200008&lng=es&tIng=es.

- GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime. “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile” *Revista Tribuna Internacional* vol. 5, n°9 (2016): 29-51. <https://doi.org/10.5354/rti.v5i9.41958>
- GARCÍA CORONA, Irene. *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3334/7.pdf>
- GARCÍA, Macarena. “Autonomía del Banco Central de Chile” Serie Informe Económico, Libertad y Desarrollo, n° 281 (2019): 1-25. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/01/serie-informe-economica-281-diciembre.pdf>
- GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria “La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión” *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Vol.12 (2019): 85-120. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569>
- GARCÍA, Pablo y LÓPEZ, Andrés. *La Inversión Extranjera Directa: Definiciones, determinantes, impactos y políticas públicas*. Banco Interamericano de Desarrollo-INTAL, 2020. <https://publications.iadb.org/es/la-inversion-extranjera-directa-definiciones-determinantes-impactos-y-politicas-publicas>
- GHIOTTO, Luciana y LATERRA, Patricia. *25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina: Análisis y perspectivas críticas*. Buenos Aires: Fundación Rosa Luxemburgo, El Colectivo. 2020.
- GHIOTTO, Luciana y MÜLLER, Bettina. *Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje en Chile aportes para el proceso constituyente*. Santiago: ISDS en números, noviembre de 2021. <https://www.tni.org/es/publicacion/impactos-del-sistema-de-proteccion-de-inversiones-y-arbitraje-en-chile>
- GITMAN, Lawrence J. y JOEHNK, Michael. *Fundamentos de Inversiones*. Ciudad de México: Pearson Educación de México, 2008.

- GIL, Edgar, LÓPEZ, Silvio y ESPINOSA, Dorian. "Factores determinantes de la Inversión Extranjera Directa en América del Sur" *Perfil de Coyuntura Económica*, n° 22, (2013): 55-85. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-42142013000200003
- GUERRERO, Roberto y CHEYRE, Juan. "Chile: fortalezas para acoger inversión extranjera y desarrollar un mercado financiero y de capitales regional" en *Chile, una plataforma para la internacionalización*. España: Universidad Antonio de Nebrija, 2013.
- HECKER PADILLA, Carlos. "La denegación de justicia al inversionista extranjero" *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, vol. 5, n° 7 (2011): 78-86.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo. "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista" *Estudios Constitucionales* vol. 8, n°1 (2010): 443-466.
- HIGA, César y SACO, Víctor. "Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo" *Derecho PUCP*: n° 71 (2013): 231-256. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8903/9308>
- HURTADO, Hugo y BROWN, Patricia. "La reforma tributaria chilena y los tratados sobre fomento y protección recíproca de inversiones" *Anuario de Derecho Tributario*, n° 6 (2014): 63-82. <https://anuarioderechotributario.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/06/Anuario-2014.-Art-2-La-reforma-tributaria-chilena-y-los-tratados-sobre-fomento-y-proteccion-reciproca-de-inversiones.-Por-Hugo-Hurtado-y-Patricia-Brow.-Pag-63-92.pdf>
- Instituto Nacional de Estadísticas Chile (INE), "Boletín Estadístico: Índice de precios al consumidor" Recuperado el 31 de Enero de 2023. [https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/índice-de-precios-al-consumidor/boletines/español/2022/boletín-índice-de-precios-al-consumidor-\(ipc\)-diciembre-2022.pdf?sfvrsn=40a36f40_4](https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/índice-de-precios-al-consumidor/boletines/español/2022/boletín-índice-de-precios-al-consumidor-(ipc)-diciembre-2022.pdf?sfvrsn=40a36f40_4)

- Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE). Panorama Educativo de México: Indicadores del Sistema Educativo Nacional. Ciudad de México: Fondo Editorial INEE, 2009.
- INSTITUO RES PÚBLICA, 4 claves del aumento de la inflación. Santiago: Instituto Res Pública, 2022.
<https://www.respublica.cl/img/uploads/f9bd443a6f88dc002c38fe1f8debb856.pdf>
- INVESTCHILE. Cómo Invertir en Chile: Capítulo II: Incentivos a la Inversión. Santiago: InvestChile, actualizado el año 2021. <https://tools.investchile.gob.cl/como-invertir-en-chile/incentivos-a-la-inversion?hsCtaTracking=32f79a09-a763-44a2-84a9-430f040f6844%7Cbda92a6f-ad19-4f9a-ba22-a8f614de335a>
- INVESTCHILE. “Inversión extranjera alcanza los US\$15 mil millones a octubre” Recuperado el 31 de Enero de 2023. <https://investchile.gob.cl/es/ied-chile-octubre-2022/#:~:text=Esta%20mañana%2C%20el%20Banco%20Central,el%20promedio%20del%20último%20quinquenio.>
- INVESTCHILE. “Nuevo régimen en materia de inversión extranjera, Ley N°20.848” Recuperado el 31 de Enero de 2023. <https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Minuta-Ley-20848.pdf>
- INVESTCHILE. Inversión Extranjera en Chile 2021. Santiago: InvestChile, 2021-2022. <https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/reporte-ied-en-chile-a-marzo2022.pdf>
- INVESTCHILE. “Inversión extranjera alcanza los US\$ 16.850 millones a noviembre,” Recuperado el 1 de Febrero de 2023. <https://investchile.gob.cl/es/ied-noviembre-2022/>
- IRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Arturo. *Manual de Derecho Económico* 2° ed. Santiago: Ediciones UC, 2019.
- JONES DAY. “La solución de controversias de inversión.” Jones Day Legal Minds Global Intelligence (2005).

- KUNDMULLER CAMINTTI, Franz y RUBIO GUERRERO, Roger. "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte" *Lima Arbitration*, n° 1 (2006): 69-112 https://issuu.com/limaarbitration/docs/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_querrer
[o](#)
- KUZNETS, Simon. "Modern Economic Growth: Findings and Reflections." *American Economic Review* vol. 63, n°3, (1973): 247-258.
- LAFOURCARDE JIMÉNEZ, Gloria. "Aporte de capitales extranjeros para el establecimiento de industrias" (Memoria para optar a la Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 1963). <https://doi.org/10.5354/0719-7462.1963.41979>
- LARRAÍN, Felipe y SACHS, Jeffrey D. *Macroeconomía en la economía global*. Buenos Aires: Pearson Education, 2002.
- LA TERCERA, "Chile ya no es el país más estable de la región de acuerdo a índice de Bloomberg y no es por el factor político," Recuperado el 1 de Febrero de 2023. <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/chile-ya-no-es-el-pais-mas-estable-de-la-region-de-acuerdo-a-indice-de-bloomberg-y-no-es-por-el-factor-politico/R22EI6XMWZHFJOFLAX76C5XSEM/>
- LA TERCERA, "Codelco y Ecuador aplazan hasta fin de año arbitraje ante el Ciadi por proyecto Llurimagua," Recuperado el 16 de enero de 2024. <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/codelco-y-ecuador-aplazan-hasta-fin-de-ano-arbitraje-ante-el-ciadi-por-proyecto-llurimagua/YQFBFPHGENBIFGQ7HGBZZL256M/#>
- LETURIA, Francisco. "Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones?: Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales" *Estudios Constitucionales*, vol. 16, n°1 (2019): 227-244. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00227.pdf>

- LEÓN ROBAYO, Édgar, BOTELLO LEÓN, Valentina y REINA ARANGO, Andrés. "Jurisdicción *ratione personae*: las empresas estatales ante el arbitraje de inversión" *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 24, n°1 (2022): 71-96. <https://www.redalyc.org/journal/733/73370897005/html/>
- LOPEANDÍA, Felipe. Informe Marco Jurídico Nacional e Internacional sobre Inversión Extranjera Directa en Chile. Santiago: CEPAL, 2001.
- MADRID, Raúl. "El principio de no discriminación arbitraria en el orden público económico de la constitución chilena" *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* vol. 5, n° 2 (2013), 116-121. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007484>
- MAGENDZO, Igal. "Determinantes de la Inversión en Chile," Documentos de Trabajo del Banco Central de Chile, n° 303, (Diciembre 2004): 1-19. https://www.bcentral.cl/documents/33528/133326/bcch_archivo_139454_es.pdf/c923d15d-3f1c-cc78-977b-fa80d23738e3?t=1655149225370
- MANKIWI, Gregory. *Macroeconomía*. Barcelona: Bosch, 2014.
- MARCEL, Mario. "Constitucionalismo Económico y la Autonomía Institucional del Banco Central de Chile." Documentos de Política Económica, n°62 (2017): 1-33. https://www.bcentral.cl/documents/33528/133323/DPE_62.pdf/4bf34437-fea7-743c-c0ca-acc46970f6d5?t=1697652809273
- MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín y POLANCO, Rodrigo. *Inversión extranjera régimen jurídico y solución de controversias: aspectos nacionales e internacionales*. Santiago: LexisNexis, 2005.
- MEDINA CASA, Héctor Mauricio. "La jurisdicción del CIADI: una evolución en el arreglo de controversias internacionales," en *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en homenaje a Germán Cavelier* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006) http://www.anuariocdi.org/contemporaneo/3_3_la%20jurisdiccion.pdf

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú. Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú, 2016. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526154/Guía%20Arbitraje%20Internacional%20Inversiones.pdf>
- MIRALLES QUINTERO, Juan Andrés. “Las cláusulas de protección frente a la expropiación en los tratados bilaterales de inversión de Venezuela” *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, n°2 (2021): 323-351. <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A16-pp-323-351.pdf>
- MORA MÉNDEZ, Jorge. “Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),” *Diálogo de Saberes*, N° 43 (2015): 161-171.
- MULLER, Bettina y GHIOTTO, Luciana. “Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe, 6ta Edición” ISDS en números, 2022. https://isds-americalatina.org/wp-content/uploads/2022/08/Informe-ISDS-enAL-2022_Final.pdf
- NOVIK, Ana y NAZAL, Paulina, “El nuevo escenario de la Política Comercial chilena” *Latin American Journal of Trade Policy* 6 (2020): 88-98.
- OECD. Examen de la calidad de la Inversión Extranjera Directa (IED) en Chile: Impulsar el desarrollo sostenible y la diversificación. Paris: OECD Publishing, 2023.
- ORTIZ ADASME, José. *Factores que afectan a la inversión extranjera directa*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- PÉREZ HERRERA, Elisa “Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales” (Memoria para optar al

Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2018). <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151648/Valor-jurídico-y-jerarquía-en-el-derecho-chileno-de-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales.pdf>

- PIZARRO HOFER, Roberto. “Chile: rebelión contra el Estado subsidiario” *Trimestre Económico* vol. 87, n° 346 (2020): 333-365. <https://www.scielo.org.mx/pdf/ete/v87n346/2448-718X-ete-87-346-333.pdf>
- PUCCIO SALA, Ricardo. “La nacionalidad de las personas jurídicas en el arbitraje internacional de inversiones” *Advocatus*, n° 36 (2018): 181-191. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4797/4735>
- QUINTANA NAVARRO, Ana. *Marketing estratégico*. Santiago: Dirección de Marketing, 2018.
- RIVEIRO GARCÍA, Dolores. “Efectos potenciales de un proceso de integración económica. La experiencia de América Latina” *Revista Galega de Economía*, vol. 14, n° 1-2 (2005): 1-34. https://www.usc.es/econo/RGE/Vol14_1_2/Castelan/art18c.pdf
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/52690>
- ROJAS MARTINI, Teresa Catalina, “Cambios y permanencias en el desarrollo político y económico de Chile” *De Raíz Diversa* vol. 4, n° 8 (2017): 177-195. <https://revistas.unam.mx/index.php/deraizdiversa/article/view/64094>
- ROTELLAR, José María “El impacto económico negativo del proteccionismo” *Cuadernos de pensamiento político FAES Fundación*, 63 (2019): 73-80. <https://fundacionfaes.org/wp-content/uploads/2021/09/20190902110535el-impacto-economico-negativo-del-proteccionismo.pdf>

- SCHAFFER RODRÍGUEZ, Joaquín. “Una revisión del arbitraje internacional de inversiones. La luz de la organización de la jurisdicción chilena” *Latin American Legal Studies* 9 (2021): 248-271.
- SACO, Víctor y TORRES, Pamela “¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? Propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos” *Agenda Internacional*, vol. 25, n° 36 (2018): 217-233.
- SASTRE GONZÁLEZ, Borja. “Evolución del Comercio Internacional: Consecuencias de la Globalización” (Memoria para optar Grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad de Valladolid – Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 2014). <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/7357/TFG-E-19.pdf?sequence=1>
- SATTERFIELD, Susan. “Livy and the Pax Deum” *Classical Philology* 111, n°2 (2016): 165-176.
- SHIHATA, Ibrahim “Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA: Hacia una mayor despoliticización de las diferencias relativas a inversiones: el papel del CIADA y del OMGI (Spanish)” Working paper, World Bank Group (1992). <http://documents.worldbank.org/curated/en/930571468324271293/Hacia-una-mayor-despoliticacion-de-las-diferencias-relativas-a-inversiones-el-papel-del-CIADA-y-del-OMGI2>.
- SOMMER, Christian G. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos” *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 6, (2013), 95-130. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2963>
- SOTO DÍAZ, David “El estatuto jurídico de los árbitros en el sistema CIADI” (Tesis doctoral en Derecho – Universidad de La Coruña, 2019). https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/22295/SotoDiaz_David_TD_2019.pdf

- SOTO KLOSS, Eduardo “La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile” *Ius Publicum* n°1 (1999): 119-128.
- SOTO MARTÍNEZ, Víctor. “Regulación normativa para inversionistas y proveedores locales en la industria minera” Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie Minutas n° 100-23 (2023): 1-15. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35425/1/Minuta_100_23_Normativa_minera_proveedores_e_inversionistas_locales.pdf
- Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. "Acuerdos económico – comerciales vigentes." Recuperado el 4 de noviembre de 2022, <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones>
- Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. Impacto de los Tratados de Libre Comercio: Hacia una política comercial inclusiva. Santiago: Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, 2019. <https://www.subrei.gob.cl/estudios-y-documentos/otros-documentos/detalle-otras-fichas-y-reportes/impacto-de-los-tratados-de-libre-comercio-hacia-una-politica-comercial-inclusiva-edicion-julio-2019-2>
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo. “Los requisitos de acceso al Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI)” *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n°18 (2014): 322-333. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572014000200015
- URZÚA FARÍAS, Andrés. “Sistema de solución de controversias inversionista Estado (ISDS) en crisis: Estados Unidos y la Unión Europea” *Revista de Derecho Económico*, vol. 78, n° 1 (2021): 93-117.
- UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA DEL URUGUAY. Chile, Políticas hacia el capital extranjero 1990–2014. Montevideo: Universidad de la República del Uruguay, 2015.

- VALLEJOS ALMEIDA, Germán. *La inversión extranjera directa: estudio de casos y lecciones aprendidas para su aplicación en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo. "La Constitución Económica Chilena: Un ensayo en (de) construcción" *Estudios Constitucionales* vol. 14, n°1 (2016): 247-290.
- VARGAS CÁRDENAS, Andrea. "Los mecanismos para la solución de controversias establecidos en acuerdos comerciales y de inversión: Y la situación vigente en Chile al respecto" *Asesoría Técnica Parlamentaria* (2019): 1-11.
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27763/2/Mecanismos%20de%20Solución%20de%20Controversias%20en%20acuerdos%20comerciales%20y%20de%20inversión.pdf>
- VEGA CANCINO, Jorge Luis "La solución de Diferencias relativas a Inversiones entre un inversor extranjero y un Estado: análisis crítico de la situación actual en Sudamérica" (Memoria para optar al Grado Académico de Magister en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad de Valparaíso – Facultad de Derecho, 2016).
http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-4500/UCC4810_01.pdf
- VELÁZQUEZ ARGAÑA, Ernesto. "Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y el contrato de inversión. ¿Jurisdicción local o internacional? Interacciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado" *Estudios de Derecho Empresario*, vol. 9 (2016): 191-203. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/15952>
- VERDUGO, Mario y PFEFFER, Emilio. *Derecho Constitucional* Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian. "Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena" *Revista de Derecho Público*, n° 71 (2009): 84-101.
[https://scholar.google.com/scholar_lookup?title="Consideraciones+acerca+de+una+Constitución+Económica.+Hacia+una+reinterpretación+de+la+Constitución+Económica](https://scholar.google.com/scholar_lookup?title=)

[a+chilena"&author=Viera+C.&publication_year=2009&journal=Revista+de+Derecho+Público&issue=71](#)

- VIERA ÁLVAREZ, Christian. "Estado social como fórmula en la nueva Constitución chilena" en *Propuestas para una nueva Constitución (Originada en Democracia)*. Santiago: Instituto de Igualdad, Facultad de Derecho de Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, 2015.
- World Trade Organization. "Regional Trade Agreements Database" Recuperado el 30 de Enero de 2023, <http://rtais.wto.org/UI/PublicAllRTAList.aspx>
- YRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Arturo. "Principios económicos de la Constitución de 1980" *Revista Chilena de Derecho* vol. 14, n°1 (1987): 97-112.
- ZABALA, Ricardo. "Inversión extranjera directa en Chile 1954-1986" *Centro de Estudios Públicos*, n° 90 (1987): 219- 277. <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1609/2749>

Normativa y tratados internacionales:

- Auto Acordado 94-2015. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2018.
- Código Orgánico de Tribunales. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2024.
- Constitución Política de la República. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2024.
- Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central. Chile: Banco Central Chile, vigente hasta diciembre de 2025.
- Decreto N° 1304. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1992.
- Decreto Ley N°600. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1974.
- Decreto Ley N°40. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2019.
- DFL N° 427. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1954.
- DFL N° 258. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1960.
- DFL N°15. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2000.
- DFL N° 181. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2010.
- Ley 20.848. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2016.

- Ley N° 11.828. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1955.
- Ley N° 16.624. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1990.
- Ley N° 20.241. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2018.
- Ley N° 20.655. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2013.
- Ley N° 18.971. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1990.
- Ley N° 19.300. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2024.
- Ley N° 9.618. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2019.
- Acuerdo marco de la Alianza del Pacífico.
- Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones y su protocolo anexo Chile-Malasia. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1995.
- Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones y su protocolo anexo Chile-España. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1994.
- Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones y su protocolo anexo Chile-Hong Kong. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2019.
- Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones y su protocolo anexo Chile-Francia. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 1994.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.
- Convenio CIADI, reglamento y reglas.
- Tratado Bilateral de Inversiones Chile-Ecuador.

Casos pendientes y concluidos ante el CIADI:

- ADP International S.A. y Vinci Airports S.A.S. v. República de Chile (Caso CIADI N° ARB/21/40), pendiente a la fecha (18 de mayo de 2024). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/40>
- Carlos Rios and Francisco Javier Rios v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/17/16), Laudo 11 de enero de 2021. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/17/16>
- Corporación Nacional del Cobre de Chile, Exploraciones Mineras Andinas S.A. and Inversiones Copperfield SPA v. Republic of Ecuador (Caso N°ARB/22/3), Laudo pendiente hasta la fecha (18 de mayo 2024). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/22/3>

- Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. v. Republic of Chile (Caso CIADI N° ARB/21/27), pendiente a la fecha (18 de mayo de 2024). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/27>
- Metalclad Corporation v. United Mexican States (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1), Laudo 30 de agosto de 2000. [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/97/1](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/97/1)
- MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. La República de Chile (Caso CIADI N° ARB/01/7), Laudo 25 de mayo de 2004. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/7>
- RREEF v. España (Caso CIADI N° ARB/13/30), Laudo 11 de diciembre de 2019, y que luego fue anulado el 10 de junio de 2022. <https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-rreef-infrastructure-g-p-limited-and-rreef-pan-european-infrastructure-two-lux-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-decision-sobre-responsabilidad-y-sobre-los-principios-de-cuantificacion-de-danos-friday-30th-november-2018>
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (Caso CIADI N° ARB/02/13), Laudo 31 de enero de 2006. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/13>
- Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile (Caso CIADI N° ARB/04/7), Laudo 21 agosto de 2007, y que luego fue anulado el 10 de diciembre de 2010. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/04/7>
- Swisslion Doo Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia (Caso CIADI No. ARB/09/16), Laudo 6 Julio 2012. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1080.pdf>
- Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (Caso CIADI N° ARB/98/2), Laudo 8 de mayo de 2008, y que luego fue anulado el 8 de enero de 2020. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/98/2>

Jurisprudencia:

- Corte Suprema. Sentencia Rol 47914-2016 de 05 de Octubre de 2016.
- Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°9031-20 de 11 de Marzo de 2021.